

Sygn. akt: KIO 545/24

Sygn. akt: KIO 561/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmína Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 5 i 13 marca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.....W

dnia 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy – sygn. akt KIO 545/24;

B.....W

dnia 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – sygn. akt KIO 561/24;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- A. wykonawcy IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu o sygn. akt KIO 545/24,
- B. wykonawcy Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu o sygn. akt KIO 561/24,
- C. wykonawcy DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o sygn. akt KIO 545/24 i KIO 561/24,

oraz przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o sygn. akt KIO 545/24 i KIO 561/24

orzeka:

Sygn. akt KIO 545/24

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- 1.1. zarzutu nr 2;
- 1.2. zarzutu nr 11;
- 1.3. zarzutu nr 13 – w części dotyczącej żądania dookreślenia w § 18 ust. 11 pkt 2) wzoru umowy wskaźnika zmian cen materiałów lub kosztów poprzez wskazanie na wskaźnik półroczny;
- 1.4. zarzutu nr 14 – w części dotyczącej żądania wydłużenia okresu wypowiedzenia wskazanego w § 11 ust. 1 wzoru umowy do trzech miesięcy;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

- 2.1. zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu Mazowieckiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ wymagania, aby szpital wielospecjalistyczny, którego dotyczyć ma referencyjne doświadczenie, posiadał co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny

oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu)

oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu;

2.2. zarzutu nr 3 – w części dotyczącej wymaganego wykształcenia koordynatora zespołu i nakazuje zamawiającemu wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) podpunkt i) SWZ słowa „wyższe” w odniesieniu do stopnia wykształcenia koordynatora zespołu oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu;

2.3. zarzutu nr 7 i nakazuje zamawiającemu wykreślenie kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” określonego w Rozdziale XII punkt 2.3) SWZ oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu;

2.4. zarzutu nr 13 – w części dotyczącej ustalonego maksymalnego limitu

dopuszczalnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy i nakazuje zamawiającemu podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia określonej w § 18 ust. 11 pkt 6) wzoru umowy z 3% do 10%;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w części 2/3 oraz zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce w części 1/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 083 zł 51 gr (słownie: jeden tysiąc osiemdziesiąt trzy złote i pięćdziesiąt jeden groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

4.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce na rzecz odwołującego Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 6 562 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Sygn. akt KIO 561/24

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

1.1. zarzutu nr 10;

1.2. zarzutu nr 11;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu Mazowieckiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ wymagania, aby szpital wielospecjalistyczny, którego dotyczyć ma

referencyjne doświadczenie, posiadał co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu)

oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu;

2.2. zarzutu nr 4 i nakazuje zamawiającemu wykreślenie kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” określonego w Rozdziale XII punkt 2.3) SWZ oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w części 4/5 oraz zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce w części 1/5 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem

wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

4.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce na rzecz odwołującego IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3 724 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -

Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 545/24

Sygn. akt: KIO 561/24

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe (wewnętrzny identyfikator: MSS-DN-ZPP-26-5/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lutego 2024 r. pod numerem 84293-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 545/24

W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawca Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Odwołujący” lub „Optima”), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – wiedza i doświadczenie – w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w usłudze realizowanej na rzecz szpitala specjalistycznego o zakresie działalności identycznej z zakresem działania Zamawiającego;
2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – potencjału technicznego – w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowania minimum dwoma sztukami fabrycznie nowych pralnic podczas, gdy żądanie to nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia a ponadto dyskryminuje wykonawców, którzy dysponują pralnicami, które nie są fabrycznie nowe ale np. używane przez jeden (1) miesiąc;
3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – potencjału kadrowego/kwalifikacji zawodowych - w sposób nieproporcjonalny; oderwany od oceny zdolności (umiejętności) wykonawcy do realizacji zamówienia i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowania osobą legitymującą się doświadczeniem w podmiotach leczniczych o wielkości identycznej z wielkością szpitala Zamawiającego;
4. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – potencjału kadrowego/kwalifikacji zawodowych - w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego; oderwany od oceny zdolności (umiejętności) wykonawcy do realizacji zamówienia oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem osobami posiadającymi „certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL” podczas, gdy żądanie to nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia a ponadto dyskryminuje wykonawców, którzy dysponują osobami przeszkolonymi do wykonywania dekontaminacji przy użyciu innych

urządzeń niż ww. STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL;

5. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – potencjału kadrowego/kwalifikacji zawodowych - w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowania minimum 4 osobami, z których każda posiada: „co najmniej 6-cio miesięczne doświadczenie w pracy z odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej uzyskane w okresie ostatnich 12 miesięcy przed składaniem ofert oraz zaświadczenia potwierdzające przeszkolenie z zakresu gospodarowania odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej wydane przez podmiot niezależny od Wykonawcy”, podczas, gdy realizacja czynności polegających na gospodarowaniu odpadami medycznymi w zakresie wymaganym w opisie przedmiotu zamówienia nie wymaga uzyskania zezwoleń, pozwoleń lub innego rodzaju dopuszczeni ani od wykonawcy ani od osób, którymi dysponuje wykonawca i które mają realizować ww. czynności;

6. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób oderwany od oceny zdolności (umiejętności) wykonawcy do realizacji zamówienia, nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy tj.: na żądaniu wykazania się przez wykonawcę posiadania Certyfikatami 9001:2015; 45001:2018;

14001:2015 dla usług o szczegółowo doprecyzowanym zakresie tożsamym z czynnościami składającymi się na przedmiot zamówienia:

a) „Certyfikatu 9001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzzpitalnego odpadów medycznych

i niemedycznych; Prowadzenia magazynów bielizny czystej i brudnej oraz transportu bielizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

b) Certyfikatu 45001:2018 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzzpitalnego odpadów medycznych

i niemedycznych; Prowadzenia magazynów bielizny czystej i brudnej oraz transportu bielizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

c) Certyfikatu 14001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzzpitalnego odpadów medycznych

i niemedycznych; Prowadzenia magazynów bielizny czystej i brudnej oraz transportu

bielizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.”

podczas, gdy żądanie, aby wykonawca legitymował się certyfikatem o zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia jest nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia, nadmierne, dyskryminujące oraz przekracza minimalne poziomy zdolności a ponadto jest sprzeczne z celem, któremu służą warunki udziału w postępowaniu i podmiotowe środki dowodowe - dokument w formie certyfikatu wymagany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ma potwierdzać wyłącznie wdrożenie przez wykonawcę (przedsiębiorcę – zakład) odpowiednich norm produkcyjnych ISO a nie – jak żąda Zamawiający – potwierdzać, że usługa o zakresie określonym przez Zamawiającego i jednocześnie zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia została poddana certyfikacji pod względem normy ISO wybranej przez Zamawiającego;

7. art. 241 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia; niemający znaczącego wpływu na jakość przedmiotu zamówienia a ponadto w sposób odnoszący się do właściwości wykonawcy;

8. art. 95 w zw. z art. 96 ustawy Pzp w zw. z art. 26 a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w zw. z dyrektywą Rady 200/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000r.) oraz 183a § 1 i 4 Kodeksu Pracy poprzez zastrzeżenie o zakazie realizacji zamówienia przez osoby

z niepełnosprawnościami w co stanowi przejaw dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz dyskryminuje wykonawców, którzy zatrudniają osoby z niepełnosprawnościami i utrudnia ww. wykonawcom dostęp do postępowania;

9. Art. 7 pkt 1 w zw. z art. 134 i art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 5, art. 29a i art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej ustawy o VAT) oraz art. 8 Ustawy i art. 5 oraz art. 3531 Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz formularza cenowego w sposób niezgodny z naturą przedmiotu zamówienia i zobowiązanie wykonawców w do złożenia ofert obliczonych przy zastosowaniu metody obliczeniowej skutkującej niewłaściwą stawką podatku VAT oraz w sposób niezgodny z wymogami co do opisu przedmiotu zamówienia;

10. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 8 ustawy Pzp i art. 5 oraz art. 3531 Kodeksu cywilnego poprzez narzucenie sztucznego progu wartości usług przy pacjencie w całości wartości usługi skutkiem czego cena ofertowa (wynagrodzenie wykonawcy) jest kształtowana przez Zamawiającego podczas, gdy to Wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z

naturą tego zobowiązania a także zasadami współżycia społecznego powinien samodzielnie kształtować treść ww. zobowiązania umownego;

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

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

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

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

c) ustanowienie kar za niedookreślone uchybienia w realizacji umowy;

13. art. 439 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez:

a) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

b) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać;

14. art. 8, art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez:

a) ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez

ustalenie we wzorze umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu „wypowiedzenie umowy z zachowaniem 1 – miesięcznego okresu wypowiedzenia”,

b) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających warunkowe zastosowanie art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp.

Odwolujący Optima wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która będzie skutkowała doprowadzeniem dokumentów zamówienia do zgodności z ustawą Pzp, tj. zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np.:

1. w zakresie zarzutu 1) - sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 50 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej oddziały: intensywnej terapii, szpitalny oddział ratunkowy, blok operacyjny, trwającą co najmniej 12 miesięcy, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł brutto rocznie.”;

2. w zakresie zarzutu 2) – usunięcie z treści warunku sformułowania „fabrycznie nowych”;
3. w zakresie zarzutu 3) – usunięcie z treści warunku sformułowania: „wykształcenie wyższe medyczne” oraz „w podmiotach leczniczych o powierzchni minimum 48 000 m<sup>2</sup>” i zastąpienie go poniższym: „co najmniej 1 osobą – tzw. „koordynator zespołu” /kadra kierownicza/ do nadzoru i kontroli nad realizowaną usługą zgodnie z SWZ, która to osoba będzie posiadała wykształcenie min. Średnie medyczne z wyłączeniem fizjoterapeutów, laborantów i techników radiologii, zawodu farmaceuty), zna specyfikę pracy w szpitalu, z minimum 3 letnim doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie zarządzania, nadzoru personelem wykonującym usługę sprzątania i czynności pomocniczych przy pacjencie w podmiotach leczniczych. Koordynator musi dodatkowo posiadać aktualne szkolenia/certyfikaty z zakresu m.in.: podstawy higieny szpitalnej, gospodarki odpadami, obszarów i stref sanitarnych szpitala, usług opieki nad pacjentem, doboru środków i sprzętu lub pokrewne.”
4. w zakresie zarzutu 4) – całkowite usunięcie warunku z treści dokumentów zamówienia;
5. w zakresie zarzutu 5) - całkowite usunięcie warunku z treści dokumentów zamówienia;
6. w zakresie zarzutu 6) - całkowite usunięcie warunku z treści dokumentów zamówienia;
7. w zakresie zarzutu 7) - całkowite usunięcie kryterium Posiadane certyfikaty z treści dokumentów zamówienia
8. w zakresie zarzutu 8) - całkowite usunięcie zastrzeżenia z treści dokumentów zamówienia;
9. w zakresie zarzutu 9) - całkowite usunięcie zastrzeżenia „Obowiązująca w dniu składania ofert stawka podatku od towarów i usług (VAT)” z Załącznika nr 3 do SWZ;
10. w zakresie zarzutu 10) - całkowite usunięcie zastrzeżenia „\*\*\*\* Ryczałt za m<sup>2</sup> z tytułu wykonania czynności nie może przekroczyć 20 krotności wartości ceny za m<sup>2</sup> poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty” z Załącznika nr 3 do SWZ;
11. w zakresie zarzutu 11) – wskazanie w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności we wzorze umowy, minimalnej gwarantowanej wielkości lub wartości zamówienia;
12. w zakresie zarzutu 12) – całkowite usunięcie postanowień § 8 ust. 1 i 11 pkt. 1) - 3) wzoru umowy i zastąpienie ich następującymi postanowieniami: „§ 8 ust. 1: Zamawiający ma prawo naliczyć i pobrać od Wykonawcy kary umowne jeżeli Wykonawca nie świadczy usługi przez okres dłuższy niż 2 godziny lub jeśli zaniecha czynności, która stworzy sytuację zagrożenia zdrowia, życia pacjentów – w wysokości 2 000 zł. za każdy stwierdzony przypadek np. brak pracownika na zmianie, brak zastępstwa – opóźnienie powyżej 1 godz. od rozpoczęcia zmiany, zaniechanie dekontaminacji pomieszczeń, ciągów komunikacyjnych itp. w sytuacji zagrożenia epidemiologicznego” oraz „§ 8 ust. 11 pkt. 1) - 3): Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:
  - 1) W przypadku naruszenia postanowień umowy, w tym także wynikających

z nieprzestrzegania obowiązujących w Szpitalu procedur, programów, w tym Programu Higieny Szpitalnej, standardów, zarządzeń, regulaminów i instrukcji - w wysokości 0,5% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie, 2) W przypadku nie zapewnienia pracownikom niezbędnej odzieży ochronnej (załącznik nr 4 do umowy Zakres usług pkt III 2 b) – 0,5 % wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie,

- 3) W przypadku nie przekazania Zamawiającemu w terminie dokumentów, o których mowa w §1 ust. 6 umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 0,5% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie”;

13. w zakresie zarzutu 13) - całkowite usunięcie postanowień § 18 ust. 11 wzoru umowy i zastąpienie ich następującymi postanowieniami: „Stosownie do postanowień art. 439 ust. 1 PZP Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 7 ust 1 i 2 niniejszej umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia na następujących zasadach: 1) Przez zmianę kosztów rozumie się wzrost kosztów, jak i ich obniżenie, względem cen wskazanych przez Wykonawcę w ofercie, 2) Zmiana wynagrodzenia dokonana zostanie z użyciem odesłania do półrocznego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów 12

ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego 3) Strony mogą żądać zmiany wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik waloryzacyjny, o którym mowa w pkt. 2) przekroczy 0,5%. 4) Wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od dnia otwarcia ofert, a kolejny nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od daty ostatniej zmiany wysokości wynagrodzenia. Każda ze Stron umowy może zwrócić się do drugiej Strony z wnioskiem o waloryzację w terminie do 30 dni od dnia upływu 6 miesięcy od zawarcia Umowy lub od ostatniej waloryzacji. 5) Waloryzacja będzie dotyczyła jedynie wynagrodzenia, które nie zostało zapłacone Wykonawcy i będzie obliczone w oparciu o wskaźnik określony w ust. 11 pkt 2). 6) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia 15% względem ceny lub kosztu w celu ustalenia

wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie."

14. w zakresie zarzutu 14) - całkowite usunięcie postanowień § 11 wzoru umowy i

zastąpienie ich następującymi postanowieniami: „1. Strony mogą wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia. 2. W razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy. 3. Zaprzestanie wykonywania usługi przez Wykonawcę dają podstawę Zamawiającemu do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym bez prawa Wykonawcy do naliczania kar umownych."

Zamawiający w dniu 1 marca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i 11, a także częściowo w zakresie zarzutu nr 13 i 14. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 561/24

W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawca IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący” lub „IZAN+”), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w dokumentach zamówienia dot. zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o treści: "a) Wykonawca spełni warunek, jeżeli

wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu) [...]”, który to warunek w wyżej wskazanym zakresie w jakim przewiduje wymóg wykonania usługi kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w konkretnych oddziałach jest nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp

- a. przez zastrzeżenie w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącym Zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby Certyfikaty: ISO 9001:2015, 45001:2018, 14001:2015 obejmowały czynności w zakresie: -

dekontaminacja i fumigacja pomieszczeń w Szpitalu pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia, - prowadzenie magazynów bielizny czystej i brudnej -prowadzenie depozytu/magazynu odzieży pacjentów, które to czynności są czynnościami okresowymi o niewielkim znaczeniu z punktu widzenia przedmiotu zamówienia a zatem wymóg ten jest nadmierny i nieproporcjonalny;

- b. przez zastrzeżenie w warunku udziału w postępowaniu żądania ISO 9001:2015

z zakresem certyfikacji takim samym jakim legitymuje się dotychczasowym wykonawcą usługi Ever Cleaning sp. z o.o., co w sposób nieuzasadniony

uprzywilejowuje tego wykonawcę, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykazaniu się co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL, w sytuacji gdy warunek ten jest nadmierny, nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, polegające na opisanu kryteriów oceny ofert Posiadane Certyfikaty w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności albowiem: - Zamawiający nie przewidział zakresu szkoleń, jaki ma być objęty certyfikatami/zaświadczeniami; -Zamawiający nie przewidział w SWZ żadnych czynności dotyczących obsługi bądź innych czynności związanych z urządzeniami typu angiograf, tomograf, rezonans oraz brak jest jakichkolwiek zadań dla Wykonawcy w tym zakresie, a gdyby nawet Zamawiający takie zadania przewidział to stanowiłby one ułamek całego przedmiotu zamówienia; - uzyskanie certyfikatu nie jest związane z żadnymi obowiązującymi

jakościowymi normami europejskimi czy międzynarodowymi, a uzależnione jest jedynie od wyrażenia chęci przeszkolenia pracowników przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, który nie ma obowiązku szkolić pracowników podmiotów, które nie są podmiotem nabywającym ww. sprzęt, a zatem utrudnione jest pozyskanie ww. szkoleń; - Zamawiający sztucznie zawyżył wagę kryterium oceny ofert „Posiadane Certyfikaty” nadając temu kryterium wagę aż 35 %, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione potrzebą Zamawiającego.

5. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców kar umownych za uchybienia przy świadczeniu umowy oraz

niedostarczenie wykazu osób.

6. art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3 w zw. art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 1) załącznika nr do 13 SWZ -projektu umowy, że: "1. Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach: 1) jeżeli Wykonawca co najmniej dwukrotnie nie wykona usługi w miejscach strategicznych szpitala tj.: oddział intensywnej terapii, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział

neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział neonatologiczny, oddział

pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny." który to zapis jest niejasny i nieprecyzyjny, gdyż Zamawiający nie określił w sposób definitywny i wyczerpujący rozumienia 15

czasowego lub całkowitego zaprzestania wykonywania usługi, biorąc pod uwagę kompleksowość usługi, co może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego w zakresie możliwości rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym.

7. art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.) przez zastrzeżenie w § 11 ust. 1 pkt 4) załącznika nr do 13 SWZ - projektu umowy, że: "1. Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach: [...] 4) jeżeli zmiana wysokości

wynagrodzenia należnego Wykonawcy z przyczyn określonych w § 18 ust. 2 pkt 8 lit. b – d przekroczy kwotę w: a) okresie styczeń –czerwiec 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2024 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2024); b) okresie lipiec -grudzień 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2025 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2025); c) okresie styczeń –czerwiec 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2025 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2025); d) okresie lipiec-grudzień 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2026); e) okresie styczeń –czerwiec 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2026); f) okresie lipiec-grudzień 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w 16

całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2027); g) okresie styczeń –czerwiec 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2027); h) okresie lipiec-grudzień 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2028 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2028);", co stanowi nadużycie pozycji dominującej

Zamawiającego i może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy z 1-miesięcznym terminem wypowiedzenia, gdyż Zamawiający ma możliwość wypowiedzenia umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu i nie ponosi za nie odpowiedzialności.

8. art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.) poprzez zastrzeżenie w § 3 ust. 2 załączniku nr 13 do SWZ projektu umowy, że: "2. Zamawiający wymaga aby w celu zapewnienia ciągłości wykonania usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania oddziałów szpitalnych Wykonawca zatrudniał min. 160 pracowników zatrudnionych na pełen etat realizujących usługę na terenie MSS w Ostrołęce.", co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego gdyż może prowadzić do powstania szkody majątkowej u Wykonawcy wykonującego zamówienie w związku z faktem, iż Zamawiający przewidział nieograniczoną możliwość zmniejszenia świadczenia Wykonawcy tj. ograniczenia wynagrodzenia bez jednoczesnego zmniejszenia liczby osób, których zatrudnienia wymaga. Jednocześnie zapis ten jest sprzeczny z zał. 4 do SWZ i umowy – Zakres usług. Z zapisów tabeli tam zawartej wynika, że Wykonawca musi zapewnić minimalną obsadę tj. 165 etatów, natomiast w zapisach projektu umowy (§3 ust. 2) wskazuje, że Wykonawca musi zatrudniać min. 160 pracowników na pełen etat.

9. art. 431 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie podania w § 7 ust. 10 i ust. 11 załączniku nr 13 do SWZ - projekcie umowy definicji sformułowania -ośrodków kosztów, co prowadzi do nieprzejrzystości w Umowie oraz możliwości powstania

wątpliwości co do sposobu sporządzenia zestawienia prac zrealizowanych w okresie rozliczeniowym i wystawienia prawidłowej faktury.

10. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie określenia w załączniku nr 10 do załącznika nr 13 do SWZ -projektu umowy tj. projekcie umowy dzierżawy stanu sprzętu w chwili zawarcia Umowy, który będzie podlegał wydzierżawieniu, co świadczy o opisanu przedmiotu zamówienia w sposób

niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

11. art. 433 pkt 4 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 13 do SWZ - wzorze umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu

świadczenia Wykonawcy, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia;

12. art. 99 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 2 Pzp poprzez przewidzenie w dokumentach zamówienia -w załączniku nr 3 do SWZ i umowy -formularz cenowy, że ryczałt za m2 z tytułu wykonania czynności nie może przekroczyć 20 krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty w sytuacji gdy w pkt 2 tabeli tego formularza Pomoc w opiece nad pacjentem została objęta ryczałtem miesięcznym, co powoduje wewnętrzną sprzeczność tego dokumentu i brak przejrzystości postępowania.

Odwolujący IZAN+ wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:

wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu z pkt 5.1.9 Kryterium: Rodzaj Zdolność techniczna i zawodowa Opis: Zdolność techniczna zawodowa: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m2 oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad

noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu) [...]” oraz z SWZ z rozdziału II. PODSTAWY WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z POSTĘPOWANIA ORAZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ust. 2.1 pkt 4 podpunkt a oraz z Rozdziału II. WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW ust. 3.1 pkt 7,8,9 następującego sformułowania: „posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu).”

2. w zakresie zarzutu nr 2: z treści SWZ PODSTAWY WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z POSTĘPOWANIA ORAZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU rozdziału II. ust. 2.1 pkt 4 podpunkt: „e) Certyfikat 9001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów. f) Certyfikat 45001:2018 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu 19

odzieży pacjentów. g) Certyfikat 14001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów"

oraz rozdziału II. WYKAZ OŚWIADCZEŃ i DOKUMENTÓW ust. 3.1.: "Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego złoży dokumenty: 7) Certyfikat 9001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów szpitalnych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów. 8) Certyfikat 45001:2018 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów. 9) Certyfikat 14001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyceńskich w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych 20

i niemedyceńskich; Prowadzenia magazynów białej i brudnej oraz transportu białej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów"

sformułowań: „-dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalu pomieszczeń

w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia, -prowadzenie magazynów białej i brudnej, -prowadzenie depozytu/magazynu odzieży pacjentów"

3. w zakresie zarzutu nr 3: wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu z rozdziału 5.1.9 Kryterium kwalifikacji "Kryterium: Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa d)

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/ zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz Nocospray2 Oxy Pharm Airl firmy Greenpol," oraz z treści SWZ z rozdział II. PODSTAWY WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z POSTĘPOWANIA ORAZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU z ust. 2.1 pkt 4) Zdolności technicznej lub zawodowej: podpunktu d) iii o następującej treści: iv. co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL.

oraz wykreślenie z rozdziału II WYKAZ OŚWIADCZEŃ i DOKUMENTÓW ust. 3.1 pkt 3) ppkt d) SWZ o treści: "co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL."

4. w zakresie zarzutu nr 4: wykreślenie z dokumentów zamówienia -ogłoszenia o zamówieniu z rozdziału 5.1.10 Kryteria udzielenia zamówienia i SWZ z rozdziału XII -OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW zapisów dotyczących kryterium nr 3 "Posiadane Certyfikaty" i zastąpienie go kryterium związanym z przedmiotem zamówienia zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Odwołujący proponuje wprowadzenie "Kryterium -Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny –20% Sposób oceny: Załączenie do oferty certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny –20 pkt Brak w ofercie certyfikatu – 0 pkt" oraz wprowadzenie kryterium "Używanie do świadczenia usługi biodegradowalnych środków chemicznych \*\* - 15 pkt Sposób oceny: Zobowiązanie złożone przez Wykonawcę w formularzu oferty, że do wykonania usługi, pracownicy Wykonawcy będą używać biodegradowalnych środków chemicznych, wraz z podaniem nazwy producenta i nazwy środka chemicznego, ze wskazaniem czy dany 21

środek ulega biodegradacji w minimum 70% zostanie ocenione, zgodnie z poniższym: Brak deklaracji używania biodegradowalnych środków czystości –0 punktów. Deklaracja używania 1 rodzaju środka ulegającego biodegradacji w minimum 70% –5 punktów." Deklaracja używania 2 rodzajów środków ulegających biodegradacji w minimum 70% – 15 punktów."

5. w zakresie zarzutu nr 5: wykreślenie treści § 1 ust. 12 oraz § 8 ust. 1 załącznika nr 13 do SWZ -projekt Umowy;
6. w zakresie zarzutu nr 6: wykreślenie treści § 11 ust. 1 pkt 1) załącznika nr do 13 SWZ -projektu umowy;
7. w zakresie zarzutu nr 7: wykreślenie § 11 ust. 1 pkt 4) załącznika nr do 13 SWZ -projektu umowy;
8. w zakresie zarzutu nr 8: określenie w dokumentach zamówienia jednoznacznej liczby pracowników zatrudnionych na pełen etat realizujących usługę na terenie MSS w Ostrołęce do których zatrudnienia zobowiązany jest Wykonawca oraz możliwość ograniczenia tej liczby w przypadku ograniczenia świadczenia Wykonawcy;
9. w zakresie zarzutu nr 9: zdefiniowanie w załączniku nr 13 do SWZ -projekcie umowy określenia "ośrodek kosztów";
10. w zakresie zarzutu nr 10: a) odstąpienia od wymogu dzierżawy sprzętu przez wykonawcę od Zamawiającego względnie, b) określenie stanu sprzętu podlegającego dzierżawie na dzień zawarcia Umowy;
11. w zakresie zarzutu nr 11: wskazanie w treści załącznika nr 13 do SWZ -projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron zgodnie z treścią art. 433 pkt 4) Pzp.
12. w zakresie zarzutu nr 12: wykreślenie z załącznika nr 3 do SWZ -formularza cenowego zapisu: „\*\*\*\*Ryczałt za m2 z tytułu wykonania czynności nie może przekroczyć 20 krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty."

Zamawiający w dniu 1 marca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 11. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 545/24 w sposób skuteczny przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy: IZAN+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 561/24 w sposób skuteczny przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący jako podmioty bezpośrednio zainteresowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążące do wyeliminowania wymagań, które w ich ocenie naruszają przepisy ustawy Pzp wpływając negatywnie na możliwość złożenia oferty i warunki realizacji zamówienia, wykazali, iż posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba orzekając uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia

przekazaną przez Zamawiającego i pisma procesowe złożone w sprawie, jak również stanowiska Stron i Uczestników przedstawione na rozprawie. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Uczestników w toku postępowania odwoławczego:

W sprawie o sygn. akt KIO 545/24:

1. z dokumentów złożonych przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care:

- 1) wydruk odwołania Federacji Przedsiębiorców Polskich z dnia 21 lutego 2024 r. wniesionego wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku na usługę kompleksowego sprzątnięcia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego (22/2024);
- 2) wydruk odwołania Hospital service Sp. z o.o. z dnia 1 marca 2024 r. wniesionego wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach (nr ogłoszenia DUUE 104883-2024

z 20.02.2024);

- 3) ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniach prowadzonych przez Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o. (553197-2022), Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy (652421-2023), Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku (340399-2023);
- 4) ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniach prowadzonych przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu (171677-2023), 105 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ w Żarach (83763-2014, wraz z informacją o wyniku), Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce (117153-2014, wraz z informacją o wyniku), Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu (271576-2015, wraz z informacją o wyniku);
- 5) certyfikaty ISO 14001:2015 i ISO 9001:2015 wystawione dla Hospital Service Sp. z o.o., certyfikat ISO 14001:2015 wystawiony dla Praxima Krakpol Sp. z o.o., certyfikaty ISO 14001:2015 i ISO 9001:2015 wystawione dla Optima Care Sp. z o.o. (wraz z załącznikami), certyfikat ISO 14001:2015 wystawiony dla Ever Cleaning Sp. z o.o.;
- 6) wydruk formularzy cenowych i ofertowych w postępowaniach na świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości szpitala oraz czynności pomocniczych przy obsłudze pacjentów i transportu (postępowanie nr 31/ZP/2023/K - Szpital

w Pilchowicach, postępowanie nr DSUiZP 252/JK/19/2021 – Zespół Opieki

Zdrowotnej w miejsc. Końskie, postępowanie nr NLZ.2022.271.116 – Szpital

Uniwersytecki nr 1 w Bydgoszczy);

- 7) wydruk wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ z dnia 14 lutego 2024 r. w postępowaniu nr SZP/EZP/35/2024 prowadzonym przez Szpital Powiatowy w Złotowie;
- 8) wydruk wyjaśnień treści SWZ z dnia 22 maja 2023 r. w postępowaniu nr SZMDZ/340/07-8/2023 prowadzonym przez Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich;
- 9) wydruk formularzy cenowych złożonych w postępowaniu na usługę kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu Zamawiającego w 2020 r. (MSS-TZP-ZPP-26-33/20) wraz z zestawieniem cen;
- 10) wydruk odwołania wniesionego przez Konsorcjum Hospital Service Sp. z o.o. dnia 22 lutego 2024 r. w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Specjalistyczny Szpital w Łodzi;
- 11) wydruk wezwania i wyjaśnień złożonych w postępowaniu SPZOZ.AZ.2024 prowadzonym przez SPZOZ w Kędzierzynie – Koźlu wraz z zestawieniem cen;

na okoliczności wynikające z treści dokumentów, podane przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care do protokołu rozprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 561/24:

1. z dokumentów załączonych do odwołania:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 10 listopada 2023 r. (681409-2023 ) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (nr referencyjny: MSS-DN-ZPP-26-28/23);
- 2) certyfikaty ISO 14001:2015 i ISO 9001:2015 wystawione dla Ever Cleaning Sp. z o.o. wraz z załącznikami;
- 3) wydruki korespondencji mailowej kierowanej do TMS Sp. z o.o. z dnia 12 lutego 2024 r., 30 listopada 2023 r., 17-18 listopada 2023 r.,

- 4) zrzut ekranu ze strony ;

na okoliczności wynikające z treści dokumentów, wskazane w treści odwołania;

2. z dokumentów złożonych przez Odwołującego IZAN+ na rozprawie:

1) zestawienie warunków udziału w postępowaniach prowadzonych przez: Szpital Uniwersytecki nr 1 w Bydgoszczy (nr postępowania NLZ.2022.271.116b wraz z wykazem klinik (oddziałów), uniwersyteckie centrum kliniczne w Gdańsku (nr 36/PN/2023), Wojewódzki Szpital Zespolony w Toruniu (W.Sz.Z.TZ-280-59/23) wraz z wykazami oddziałów oraz specyfikacjami warunków zamówienia;

- 2) ogłoszenie o zamówieniu 2020/S 182-438721 dot. postępowania na usługę

kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu Zamawiającego

- 3) umowa nr 33/2021 z 21.01.2021 zawarta przez Zamawiającego z Przystępującym Konsorcjum Ever Medical Care;

- 4) wyrok SO w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 65/21;

- 5) pismo Odwołującego z dnia 7 marca 2024 r. do TMS Sp. z o.o.;

- 6) ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/S 146-465422 dot. postępowania prowadzonego przez Województwo Mazowieckie na zakup, dostawę, montaż i uruchomienie angiografu na potrzeby Oddziału Kardiologii Interwencyjnej w szpitalu Zamawiającego

na okoliczności wynikające z treści dokumentów, podane przez Odwołującego do protokołu rozprawy;

3. z dokumentów złożonych przez Przystępującego Optima na rozprawie:

- 7) analiza sporządzona przez Przystępującego Optima w zakresie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ;

- 8) wydruk odwołania Federacji Przedsiębiorców Polskich z dnia 21 lutego 2024 r. wniesionego wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku na usługę kompleksowego sprzątnięcia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego (22/2024);

- 9) wydruk korespondencji mailowych dotyczących szkoleń z zakresu utrzymania tomografu, angiografu i rezonansu;

na okoliczności wynikające z treści dokumentów, podane przez Przystępującego Optima do protokołu rozprawy;

4. z dokumentów złożonych przez Przystępującego DGP na rozprawie:

- 10) zestawienie dotyczące struktury 16 szpitali w Polsce;

na okoliczności wynikające z treści dokumentu, podane przez Przystępującego DGP do protokołu rozprawy;

5. z dokumentów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie:

- 11) protokół z wstępnych konsultacji rynkowych z dnia 22 sierpnia 2023 r.;

- 12) fotografia sali operacyjnej;

- 13) karta gwarancyjna i warunki serwisu gwarancyjnego dotyczące urządzeń posiadanych przez Zamawiającego;

na okoliczności wynikające z treści dokumentów, podane przez Zamawiającego do protokołu rozprawy;

6. z wymienionych powyżej dokumentów złożonych przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 545/24, w zakresie w którym Przystępujący powołał się na nie na potrzeby sprawy o sygn. akt KIO 561/24, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Przystępującego do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 545/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwolujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 pkt 1 - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2023 r. poz. 168), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą;
- art. 16 - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

- art. 17 ust. 1 - zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
- Art. 95 ust. 1 - zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach

zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją

zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641).

- art. 96 ust. 1 - zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia. W ust. 2 wskazano, iż wymagania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego; 2) zatrudnienia: (...) e) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.
- art. 99 ust. 1 Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- art. 99 ust. 2 Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
- art. 99 ust. 4 Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
- Art. 112 ust. 1 - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób

proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- art. 116 ust. 1 - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.
- art. 241 ust. 1 - Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.
- Art. 241 ust. 2 - Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.
- Art. 241 ust. 3 - Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

- art. 431 - zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.
- art. 433 pkt. 4 - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
- art. 436 pkt 4 ppkt b - Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy: zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany: - stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, - zasad

gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 46) - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

- art. 439 ust. 1 - Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

oraz przepisów Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp:

- art. 5 - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
- art. 58 § 1 Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia

społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

- art. 353(1) - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.
- art. 473 § 1 - Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.
- art. 483 § 1 - Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
- art. 484 § 1 - W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Zarzut nr 1

Izba za zasadny uznała zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku

dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej opisanego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, polegający na żądaniu wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w usłudze realizowanej na rzecz szpitala specjalistycznego o zakresie działalności identycznej z zakresem działania Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co

najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu), trwającą co najmniej 12 miesięcy, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto.

Powyższy warunek musi być spełniony w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuszcza łączenia usług celem wykazania spełnienia powyższego warunku poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów."

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach modyfikacji dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo datowane na 16 lutego 2024 r.) nieznacznie zmienił treść ww. warunku na poniższą:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co

najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu), trwającą co najmniej 12 miesięcy, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto.

Powyższy warunek musi być spełniony w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuszcza łączenia usług celem wykazania spełnienia powyższego warunku poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów."

Izba stwierdziła, iż powyższa modyfikacja SWZ stanowiła jedynie zmianę kosmetyczną, polegającą na zastąpieniu w opisie oddziałów, jakie posiadać miał szpital, którego dotyczy referencyjne doświadczenie, sformułowania „oddział neonatologii z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem” następującym: „oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem.” Powyższa zmiana nastąpiła na skutek pytania jednego z wykonawców, który zwrócił Zamawiającemu uwagę, iż z informacji wynikających z Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą wynika, że Zamawiający nie dysponuje, w tym na oddziale neonatologii, łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem. Zamawiający wyjaśnił, iż dokonał w tym zakresie zmiany SWZ, zaś w Księdze Rejestrowej (RPWDL) w poz. 24 zarejestrowana jest sala intensywnej terapii medycznej noworodka z liczbą łóżek 6. W ocenie Izby wprowadzenie ww. modyfikacji w opisie warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na istotę sporu, który pozostawał aktualny i dotyczył tego, że Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia w zakresie dotyczącym oddziałów szpitalnych, co stanowi warunek nadmierny i nieproporcjonalny. Dlatego też Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji SWZ, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został ustalony z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności.

Jak stanowi art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z powyższej regulacji wprost wynika, iż

swoboda określania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego doznaje istotnego ograniczenia: warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i dotyczyć zdolności niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający musi także mieć na uwadze, iż warunki udziału w postępowaniu mają charakteryzować minimalny poziom zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Ustalając takie warunki zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerzy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. Nie mogą być one sformułowane w sposób nadmierny, prowadzący do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie - w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 września 2022 r., sygn. akt KIO 2390/22). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 13 października 2021 r., zgodnie z zasadą proporcjonalności opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z

postępowania. Podobnie w wyroku z dnia 7 marca 2023 r., sygn. akt KIO 455/23, stwierdzono, że zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE, m.in. w wyroku z 23 grudnia 2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano (ECLI:EU:C:2009:808), w którym wskazano, że przy określaniu, czy 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.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Izba uznała, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określony

w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ jest nieproporcjonalny i ogranicza wykonawcom dostęp do zamówienia w sposób nieuzasadniony. Izba stwierdziła, iż w świetle treści ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca chcący ubiegać się o zamówienie musi legitymować się doświadczeniem w wykonaniu (wykonywaniu) w okresie ostatnich trzech lat od upływu terminu składania ofert usługi:

- a) obejmującej swoim zakresem usługi utrzymania czystości oraz usługi pomocnicze przy pacjencie,
- b) trwającej co najmniej 12 miesięcy,
- c) o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto,
- d) wykonanej (wykonywanej) na rzecz szpitala o ściśle określonej charakterystyce:
  - wielospecjalistycznego,
  - o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>,
  - mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów,
  - posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co

najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu),

Wszystkie wyżej opisane wymagania musiały być spełnione kumulatywnie, w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuścił łączenia usług poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż ww. warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób nadmierny z uwagi na wymaganie, aby usługa referencyjna wykonywana była w szpitalu posiadającym co najmniej konkretne, wskazane w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ oddziały. Nie było sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania odwoławczego to, że lista oddziałów zawarta w treści warunku udziału w postępowaniu odpowiadała w znacznej mierze strukturze oddziałów funkcjonujących w szpitalu Zamawiającego. W tym kontekście należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu co do zasady nie powinny być tożsame z przedmiotem zamówienia (czy jak w niniejszym przypadku – niemal identyczne), ale mają pozostawać w odpowiedniej proporcji do przedmiotu zamówienia, jako że służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W ocenie Izby już w oparciu o zasady logiki i doświadczenia

życiowego można stwierdzić, że nie tylko wykonawca, który realizował usługi utrzymania czystości i usługi pomocnicze przy pacjencie w szpitalu o strukturze oddziałów i liczbie łóżek identycznej jak u Zamawiającego, będzie wykonawcą zdolnym do należytej realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób przez siebie narzucony, w szczególności nie wykazał, aby w zależności od rodzaju oddziału, usługi utrzymania czystości i usługi pomocnicze przy pacjencie różniły się co do zakresu czy poziomu skomplikowania. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jedynie wskazał, że jego struktura oddziałów jest szersza niż określona w warunku udziału w postępowaniu, a zapewnienie świadczenia usługi na wysokim poziomie oraz bezpieczeństwo pacjentów wymaga szczególnego doświadczenia firmy sprzątającej. Tego rodzaju hasłowe twierdzenie nie stanowi żadnego uzasadnienia dla wymagania, aby usługa referencyjna była wykonywana w szpitalu posiadającym ściśle określone oddziały. Słusznie też podnosił Odwołujący, że w opisie przedmiotu zamówienia brak jest postanowień różnicujących zakres usług w zależności od struktury czy rodzaju oddziałów, lecz wskazuje się tam zbiorczo na określone strefy czystości. Zamawiający ponadto nie wyjaśnił dlaczego legitymowanie się doświadczeniem w realizacji usług utrzymania czystości i usług pomocniczych przy pacjencie w szpitalu wielospecjalistycznym o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>, mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, do tego trwających co najmniej 12 miesięcy i o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto, nie gwarantowałoby należytego poziomu usług będących przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby już sama charakterystyka szpitala, w którym świadczona ma być usługa referencyjna, pozwala stwierdzić, że

będzie to duży szpital o zróżnicowanej strukturze oddziałów (o różnych specjalizacjach). Siłą rzeczy każdy szpital wielospecjalistyczny ze względu na swoją funkcję charakteryzował się będzie różnorodną strukturą oddziałów, a Zamawiający dodatkowo wymaga by był to szpital o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>, mieszczący nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów. Zamawiający nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, które w jakikolwiek sposób podważyłyby zdolność wykonawcy, który posiada doświadczenie w świadczeniu takiej usługi, do realizacji przedmiotowego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care (ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniach prowadzonych przez Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o. (553197-2022), Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy (652421-2023), Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku (340399-2023)), Izba stwierdziła, iż co prawda w ww. postępowaniach ukształtowano warunki udziału w postępowaniu z wyszczególnieniem

oddziałów, jakie posiadać powinien szpital, w którym świadczone usługę referencyjną, to jednak warunki te były zdecydowanie inne niż obecnie, tj. katalog oddziałów ograniczono tylko do kilku oddziałów (od jednego do czterech), do tego były to oddziały powszechnie występujące w szpitalach, takie jak sala operacyjna, SOR, intensywna terapia czy blok porodowy. Niezależenie od powyższego Izba wskazuje, iż ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający tego nie wykazał.

Podkreślić ponadto należy, iż ani Zamawiający, ani Uczestnik przystępujący po jego stronie, nie odparli stanowiska Odwołującego, iż na terenie kraju nie istnieje drugi szpital o zakresie działalności identycznym z opisanym w treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, z kolei dowody złożone przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care do powyższej kwestii się nie odnoszą. W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie przesądza o tym, że sporny warunek udziału w postępowaniu w takim kształcie jak ustalony w SWZ, obejmujący ściśle wykaz oddziałów (dodatkowo ze wskazaniem w niektórych przypadkach liczby łóżek na danym oddziale), jakie posiadać powinien szpital, w którym zrealizowano usługę referencyjną, może spełnić wyłącznie podmiot świadczący usługi na rzecz Zamawiającego (w tym zakresie Izba pomocniczo odsyła do uzasadnienia przedstawionego w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 561/24). Okoliczność ta wprost wskazuje na ograniczenie konkurencji, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że Zamawiający nie dopuścił możliwości sumowania poszczególnych elementów usługi. Izba ponownie podkreśla, iż sam fakt, że określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji takiego samego przedsięwzięcia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą niezasadnie utrudniać konkurencji na rynku (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 224/23). W realiach niniejszej sprawy do takiego nieuzasadnionego utrudnienia doszło.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ nie określa minimalnego poziomu zdolności i prowadził do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ wymagania, aby szpital wielospecjalistyczny, którego dotyczyć ma referencyjne

doświadczenie, posiadał co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu) oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

#### Zarzut nr 2

W zakresie zarzutu nr 2, tj. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. c) SWZ w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 2 w całości i usunie z treści warunku udziału w postępowaniu zakwestionowany wymóg dotyczący dysponowania „min. 2 szt. fabrycznie nowych pralnic.”

Wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Ever Medical Care na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 2 odwołania.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1.1 sentencji wyroku.

### Zarzut nr 3

Zarzut nr 3, tj. zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp odnoszący się do warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt i) SWZ, Izba uznała za zasadny w części dotyczącej wymaganego wykształcenia koordynatora zespołu i bezzasadny w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt i) SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: i) co najmniej 1 osobą – tzw. „koordynator zespołu” /kadra kierownicza/ do nadzoru i kontroli nad realizowaną usługą zgodnie z SWZ, która to osoba będzie posiadała wykształcenie wyższe medyczne z wyłączeniem fizjoterapeutów, laborantów i techników radiologii, zawodu farmaceuty), zna specyfikę pracy w szpitalu, z minimum 3 letnim doświadczeniem, zdobytym w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, w zakresie zarządzania, nadzoru personelem wykonującym usługę sprzątania i czynności pomocniczych przy pacjencie w podmiotach leczniczych o powierzchni min. 48 000,00 m<sup>2</sup>.”

W ocenie Izby słusznie podniósł Odwołujący, iż wymóg posiadania przez koordynatora zespołu wykształcenia wyższego medycznego nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i dyskryminuje wykonawców, którzy dysponują osobami posiadającymi niezbędne w treści warunku doświadczenie, jednak mającymi średnie wykształcenie medyczne. Izba ponownie podkreśla, iż warunki udziału w postępowaniu mają wyrażać minimalny poziom zdolności i nie mogą niezasadnie utrudniać konkurencji na rynku. Zamawiający wymagał, aby koordynator zespołu znał specyfikę pracy w szpitalu oraz miał minimum 3 lata doświadczenia w zakresie zarządzania, nadzoru personelem wykonującym usługę sprzątania i czynności pomocniczych przy pacjencie w podmiotach leczniczych o powierzchni min. 48 000,00 m<sup>2</sup>. W ocenie Izby już tylko spełnienie powyższych wymagań gwarantować będzie wystarczający do realizacji usługi poziom zdolności koordynatora zespołu, skoro będzie on posiadał odpowiednie doświadczenie. Osoba taka posiadać też będzie wykształcenie medyczne (z wyłączeniem fizjoterapeutów, laborantów i techników radiologii, zawodu farmaceuty), zakresem zaskarżenia nie była bowiem objęta okoliczność, że wykształcenie ma mieć charakter medyczny, lecz wyłącznie poziom tego wykształcenia (wykształcenie wyższe).

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, która pozwalałaby uznać, że oczekiwanie, aby koordynator zespołu miał wyższe wykształcenie medyczne, znajdowało jakiegokolwiek racjonalne uzasadnienie. Stanowisko Zamawiającego 37

wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż „z doświadczenia i wiedzy Zamawiającego wynika, iż osoby posiadające wykształcenie medyczne są to osoby z wykształceniem medycznym wyższym” nie odpowiada na pytanie dlaczego odpowiednio doświadczona osoba z wykształceniem średnim medycznym nie mogłaby z powodzeniem pełnić funkcji koordynatora zespołu, nadzorującego realizację usług utrzymania czystości. Również stanowisko Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care nie przekonało Izby. Izba nie neguje faktu, że koordynator zespołu jest personelem kluczowym ani tego, że poziom wykształcenia może dawać szerszą wiedzę z danej dziedziny. Niemniej w ocenie Izby nie oznacza to, że osoba posiadająca średnie wykształcenie medyczne oraz doświadczenie w nadzorowaniu usług utrzymania czystości stanowiących przedmiot zamówienia wymagane w treści warunku miałyby nie być w stanie należycie realizować usługi. Dowody złożone przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care w ocenie Izby nie wykazują tezy dowodowej Przystępującego, iż tego rodzaju wykształcenie i doświadczenie jest wymagane w innych postępowaniach na usługi utrzymania czystości placówek medycznych. Z ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu (1716772023) wprost wynika, że warunek udziału w postępowaniu referował do dysponowania „osobą zarządzającą posiadającą wykształcenie wyższe oraz trzyletnie doświadczenie”, a nie wykształcenie wyższe medyczne. Jest to zasadnicza różnica. Podobnie w postępowaniu prowadzonym przez 105 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ w Żarach (83763-2014) warunek udziału w postępowaniu wskazywał na obowiązek dysponowania „kierownikiem obiektu z wyższym wykształceniem”, a nie z wyższym wykształceniem medycznym. W oparciu o te dowody można byłoby stwierdzić, że wystarczające jest to, aby koordynator zespołu posiadał dowolne wykształcenie wyższe (np. wykształcenie z dziedziny zarządzania) oraz odpowiednie doświadczenie praktyczne. Z kolei w dwóch innych postępowaniach wskazywanych przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care (postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w 2014 r. oraz postępowanie prowadzone przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu (271576-2015) warunek udziału w postępowaniu nie ograniczał wymagania dotyczącego wyższego wykształcenia jedynie do wykształcenia medycznego, a dopuścił także wykształcenie związane z pracą w ochronie zdrowia. W żadnym z postępowań, na które wskazał Przystępujący, warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania koordynatorem zespołu nie określono w sposób analogiczny do obecnego postępowania.

W konsekwencji powyższego Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) podpunkt i) SWZ słowa „wyższe” w odniesieniu do stopnia wykształcenia koordynatora zespołu oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Natomiast Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego w zakresie, w jakim domagał się usunięcia wymagania, aby doświadczenie zostało zdobyte w podmiocie leczniczym o określonej powierzchni. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że wielkość powierzchni podmiotu leczniczego miałaby nie mieć znaczenia dla prawidłowej organizacji usługi. Wręcz przeciwnie, skoro przedmiotem doświadczenia referencyjnego miała być usługa sprzątania i czynności pomocnicze przy pacjencie, to rozmiar placówki medycznej pośrednio wskazywał na skalę tej usługi. Jak wynika z zasad logiki i doświadczenia życiowego nie sposób porównywać doświadczenia zdobytego w małym podmiocie leczniczym (mniejsza powierzchnia do sprzątania, mniejsza różnorodność pomieszczeń, mniejsza liczba pacjentów) z doświadczeniem zdobytym przez realizację usług utrzymania czystości i pomocy przy pacjencie w dużym szpitalu. Nawet gdyby zgodzić się z Odwołującym, że być może wystarczającym na potrzeby przedmiotowego zamówienia byłoby dopuszczenie możliwości legitymowania się przez koordynatora zespołu doświadczeniem w realizacji usługi w szpitalu wielkopowierzchniowym, ale mniejszym niż 48 000 m<sup>2</sup>, czy doświadczeniem w koordynowaniu zespołu powyżej 150 osób, to z

powyższymi twierdzeniami w żaden sposób nie koreluje postawione w odwołaniu żądanie. Odwołujący domagał się bowiem całkowitego usunięcia z treści warunku odesłania do powierzchni podmiotu leczniczego, na rzecz którego realizowano usługę, a nie jej odpowiedniego zmniejszenia czy też zdefiniowania doświadczenia poprzez liczebność zespołu, który koordynator nadzorował.

#### Zarzut nr 4

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp dotyczący warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt iv) SWZ, stwierdzając, iż Odwołujący nie wykazał jego zasadności.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt iv) SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: iv) co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL.”

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach modyfikacji dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo datowane na 16 lutego 2024 r.) zmienił treść ww. warunku na poniższą: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: iv) co najmniej 3 osobami przeszkolonymi do obsługi aparatów do dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu z użyciem 39

natlenku wodoru, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu SENTINEL ROOM firmy UnitedMed.”

W ocenie Izby wprowadzenie ww. modyfikacji w opisie warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na istotę sporu, który pozostawał aktualny i dotyczył tego, że Zamawiający wymagał legitymowania się potencjałem kadrowym posiadającym certyfikaty/zaświadczenia upoważniające do obsługi określonych urządzeń (po modyfikacji – urządzenia SENTINEL ROOM firmy UnitedMed), podczas gdy Odwołujący wskazywał, że sprzęt ten nie posiada żadnych nadzwyczajnych cech i stawianie takiego wymagania jest nadmierne. Dlatego też Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, co miałyby wskazywać na jego nadmierność i dyskryminujący charakter. W odwołaniu nie przedstawiono konkretnej analizy wymagań wynikających z dokumentów zamówienia w tym zakresie. Odwołujący jedynie podnosił, że to wykonawca decyduje, jakiego sprzętu do dekontaminacji będzie używał, co jednak nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ. Zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SWZ – Zakres prac „Firma świadcząca usługę sprzątania zobowiązuje się do obsługi urządzeń do dekontaminacji pomieszczeń będących na wyposażeniu szpitala oraz wszystkich urządzeń do dekontaminacji pomieszczeń, w które zostanie zaopatrzony szpital w trakcie trwania umowy.” Nie było w sprawie sporne to, że Zamawiający posiada na stanie urządzenia do dekontaminacji SENTINEL ROOM firmy UnitedMed – jak wyjaśnił podczas rozprawy dysponuje on aktualnie siedmioma takimi urządzeniami. Wykonawca będzie zatem realizował usługi z użyciem ww. sprzętu Zamawiającego. Ponadto z załącznika nr 5 do umowy - Procedura dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu przy użyciu urządzeń do dekontaminacji wprost wynika, iż cały proces dekontaminacji musi być wykonywany, monitorowany i nadzorowany przez pracownika posiadającego certyfikat w zakresie obsługi urządzeń. Tych wymagań Odwołujący nie kwestionował. W ocenie Izby nie jest niczym zaskakującym, że Zamawiający dysponując kosztownym sprzętem, który ma być używany do dekontaminacji, oczekuje, aby przynajmniej osoby nadzorujące proces dekontaminacji posiadały stosowne zaświadczenie, że odbyły szkolenie z jego obsługi.

Odwołujący nie wykazał także, aby przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu był nieproporcjonalny, nadmierny. W szczególności nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, że zdobycie stosownego zaświadczenia dotyczącego obsługi urządzeń posiadanych przez Zamawiającego przez 3 osoby spośród minimum 160 osób skierowanych do realizacji zamówienia jest niemożliwe czy w jakikolwiek sposób

utrudnione. Argumentacja zawarta w odwołaniu, która sprowadzała się do stwierdzenia, że dekontaminacja jest zwykłą czynnością, jedną z wielu wykonywanych w ramach zamówienia, nie jest wystarczająca dla uznania, że przedmiotowy warunek narusza przepisy ustawy Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż jeżeli Odwołujący uważał, że na potrzeby zapewnienia minimalnych zdolności do realizacji zamówienia wystarczające byłoby posłużenie się zaświadczeniem potwierdzającym

przeszkolenie z obsługi innego sprzętu do dekontaminacji czy doświadczeniem praktycznym w wykonywaniu dekontaminacji pomieszczeń, to powinien odpowiednio z tym skorelować postawione żądanie, a nie domagać się jedynie wykreślenia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu.

#### Zarzut nr 5

Nie potwierdził się zarzut nr 5, tj. zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp dotyczący warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt v) SWZ

Ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej miał następujące brzmienie: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: v) min. 4 osoby, z których każda posiada: co najmniej 6-cio miesięczne doświadczenie w pracy z odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej uzyskane w okresie ostatnich 12 miesięcy przed składaniem ofert oraz zaświadczenia potwierdzające przeszkolenie z zakresu gospodarowania odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej wydane przez podmiot niezależny od Wykonawcy.”

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach modyfikacji dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo datowane na 16 lutego 2024 r.) zmienił treść ww. warunku na poniższą: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: v) min. 2 osoby, z których każda posiada: co najmniej 6-cio miesięczne doświadczenie w pracy z odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej uzyskane w okresie ostatnich 12 miesięcy przed składaniem ofert oraz zaświadczenia potwierdzające przeszkolenie z zakresu gospodarowania odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej wydane przez podmiot niezależny od Wykonawcy.”

W ocenie Izby wprowadzenie ww. modyfikacji w opisie warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na istotę sporu, który pozostawał aktualny i dotyczył tego, że Zamawiający wymagał legitymowania się osobami posiadającymi doświadczenie w pracy z odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej oraz zaświadczenia potwierdzające przeszkolenie z zakresu gospodarowania odpadami medycznymi w

placówkach opieki zdrowotnej wydane przez podmiot niezależny od wykonawcy, co zdaniem Odwołującego nie jest usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego. Dlatego też Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w kontekście zapowiedzianych przez Zamawiającego w złożonych w toku postępowania odwoławczego pismach dalszych zmiany treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt v) SWZ, Izba wskazuje, iż do czasu zamknięcia rozprawy nie zostały one dokonane, wobec czego nie mogą być wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w odwołaniu Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu nie był uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Nie było sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami, że podczas realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia pracownicy wykonawcy będą mieli do czynienia z odpadami medycznymi. Zamawiający jest zobowiązany do gospodarowania odpadami w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i uzasadnionym z perspektywy jego sytuacji jest zagwarantowanie, żeby personel wykonawcy realizujący usługi kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu miał doświadczenie w postępowaniu z tego rodzaju odpadami, aby zminimalizować ryzyko nieprawidłowości, których ewentualne skutki mogą być niezwykle istotne dla zdrowia pacjentów szpitala i jego personelu (zagrożenia epidemiologiczne, zakażenia). Już tylko powyższe wskazuje, że kwestionowany warunek udziału w postępowaniu znajduje odzwierciedlenie w przedmiocie zamówienia. Jest to w ocenie Izby także warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, trudno bowiem uznać, aby obowiązek dysponowania minimum 2 osobami (po modyfikacji z dnia 20 lutego 2024 r.), które posiadają doświadczenie w pracy z odpadami medycznymi w placówkach opieki zdrowotnej oraz zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie z tego zakresu, przy wymaganej liczbie co najmniej 160 pracowników skierowanych do realizacji umowy, był wymaganiem nadmiernym.

Izba stwierdziła ponadto, iż bez znaczenia dla powyższej oceny pozostaje podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż realizacja czynności polegających na gospodarowaniu odpadami medycznymi w zakresie wymaganym w opisie przedmiotu zamówienia nie wymaga uzyskania zezwoleń, pozwoleń lub innego rodzaju dopuszczeń ani od wykonawcy ani od osób, którymi dysponuje wykonawca i które mają realizować ww. czynności. Zamawiający nie wymaga od wykonawcy posiadania żadnych zezwoleń ani nie wymaga, by pracownicy legitymowali się jakimikolwiek uprawnieniami, Zamawiający chce jedynie, żeby wykonawca skierował do realizacji zamówienia dwie osoby posiadające wiedzę z tej dziedziny – potwierdzoną doświadczeniem oraz odbyciem szkolenia. Nie jest dla Izby zrozumiałe stanowisko Odwołującego, dlaczego tego rodzaju wymóg miałby prowadzić do eliminacji

wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza że Odwołujący nie wskazywał, że warunek ten jest faktycznie dla niego trudny do spełnienia, że na rynku usług ciężko pozyskać dwóch takich pracowników czy ciężko jest zdobyć stosowne zaświadczenie. Z informacji powszechnie dostępnych wynika, że tego rodzaju szkolenia są dostępne na rynku bez większych problemów.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego dotyczących braku wskazania przez kogo zaświadczenie o szkoleniu miałyby zostać wystawione, Izba stwierdziła, iż trudno z faktu, że Zamawiający poprzestał na wskazaniu, iż ma to być podmiot niezależny od wykonawcy, wywodzić nieproporcjonalność czy zbędność przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu (a na to powoływał się Odwołujący), skoro takie sformułowanie daje wykonawcom dużą elastyczność i wręcz ułatwia im spełnienie spornego wymagania. Ponadto Izba miała na uwadze, iż z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie zostało skorelowane żądanie odwołania. Odwołujący nie domagał się wykreślenia z treści warunku

wymogu złożenia zaświadczenia o przeszkoleniu czy też doprecyzowania kto ma takie zaświadczenie wydać, tylko usunięcia całego warunku, co nie było w ocenie Izby uzasadnione w realiach przedmiotowego postępowania. Izba wskazuje, iż wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ winien w sposób precyzyjny i staranny określić nie tylko zarzuty i ich podstawy faktyczne, ale także swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Jakkolwiek Izba nie jest związana co do zasady żądaniami odwołania, to jednak podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania, a jednocześnie prowadzić będą do eliminacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Dlatego postulowane do wprowadzenia zmiany powinny korelować z argumentacją wskazywaną na poparcie określonego zarzutu.

#### Zarzut nr 6

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób oderwany od oceny zdolności (umiejętności) wykonawcy do realizacji zamówienia, nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy, polegający na żądaniu wykazania się przez wykonawcę Certyfikatami 9001:2015; 45001:2018; 14001:2015 dla usług o szczegółowo doprecyzowanym zakresie, tożsamym z czynnościami składającymi się na przedmiot zamówienia.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. e)-g) SWZ postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„e) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 9001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemiedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemiedycznych; Prowadzenia magazynów białizny czystej i brudnej oraz transportu białizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

f) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 45001:2018 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemiedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemiedycznych; Prowadzenia magazynów białizny czystej i brudnej oraz transportu białizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

g) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 14001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemiedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemiedycznych; Prowadzenia magazynów białizny czystej i brudnej oraz transportu białizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.”

Uzasadniając zarzut Odwołujący podnosił, iż żądanie, aby wykonawca legitymował się certyfikatem o zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia jest nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia, nadmierne, dyskryminujące oraz przekracza minimalne poziomy zdolności a ponadto jest sprzeczne z celem, któremu służą warunki udziału w postępowaniu i podmiotowe środki dowodowe. Odwołujący wskazywał, iż dokument w formie certyfikatu wymagany na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu ma potwierdzać wyłącznie wdrożenie przez wykonawcę odpowiednich norm produkcyjnych ISO a nie – jak żąda Zamawiający – potwierdzać, że usługa o zakresie określonym przez Zamawiającego i jednocześnie zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia została poddana certyfikacji pod względem normy ISO wybranej przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż w odwołaniu nie przedstawiono argumentacji, która wykazywałaby, że faktycznie wymaganie, aby wykonawcy posiadali certyfikaty ISO 9001:2015, 45001:2018 oraz 14001:2015 było nadmierne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia. Nie budzi wątpliwości Izby iż fakt posiadania tego rodzaju certyfikatów pozwala stwierdzić, że wykonawca wdrożył w swojej organizacji odpowiednio system zarządzania jakością, system zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy oraz system zarządzania środowiskowego zgodne z ww. normami ISO, co niewątpliwie powinno przekładać się na jakość świadczenia usług i odpowiednie zarządzanie procesami zachodzącymi w przedsiębiorstwie wykonawcy. Spełnienie przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością czy zarządzania środowiskowego może być oceniane w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Dlatego też w ocenie Izby wymaganie, aby wykonawca posiadał określone certyfikaty ISO jako takie jest wymaganiem uzasadnionym.

Dyskusji mógłby podlegać jedynie opisany dość szeroko w treści warunku zakres certyfikacji, jak wskazywał bowiem Odwołujący i co potwierdzają składane w postępowaniu dowody w postaci posiadanych przez wykonawców certyfikatów ISO, wykonawcy mają różnie określony zakres certyfikacji. Niemniej Odwołujący nie skupił się w swoim wywodzie na tym, które konkretnie elementy usług opisane w treści warunku udziału w postępowaniu, mające być objęte certyfikacją, można byłoby uznać za nadmierne czy nieuzasadnione przedmiotem zamówienia. Odwołujący podważał cały określony przez Zamawiającego zakres certyfikacji, co trudno uznać za uzasadnione. Co więcej, Odwołujący ani nie domagał się usunięcia konkretnych elementów usług z opisu warunku, ani nawet całego wyszczególnionego zakresu usług, lecz żądał usunięcia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. e)-g) SWZ w całości. Po raz kolejny zatem pomiędzy uzasadnieniem faktycznym zarzutu a żądaniem zabrakło właściwej korelacji. Nie było ponadto sporne w sprawie, że zakres certyfikacji jest pochodną tego, jak zdefiniuje go wykonawca we wniosku. Wykonawca zobowiązany jest określić zakres, w jakim wdrożył określone systemy zarządzania w swojej firmie. Odwołujący nie przedstawił twierdzeń ani dowodów, które wskazywałyby, że w takiej sytuacji uzyskanie certyfikatów ISO w zakresie wymaganym przez Zamawiającego jest niemożliwe czy w jakimś stopniu utrudnione. Odwołujący jedynie w sposób hasłowy wskazał, iż jedynym podmiotem, który mógł poddać

certyfikacji usługi opisane przez Zamawiającego jest dotychczasowy wykonawca, niemniej nie przedstawił przekonującej argumentacji ani dowodów w tym zakresie.

#### Zarzut nr 7

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 241 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp kwestionujący kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty.”

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XII SWZ zawarł opis kryteriów oceny ofert. Zgodnie z punktem 2 tego rozdziału Zamawiający będzie oceniał oferty na podstawie: 1) Kryterium (C) - Cena brutto oferty – 60%, 2) Kryterium (X) – Dostępność – 5 %, 3) Kryterium (Y) – Posiadane certyfikaty – 35%. Odnosnie Kryterium „Posiadane certyfikaty” w SWZ wskazano:

„Kryterium Nr 3 „Posiadane Certyfikaty” (Y) – w ramach kryterium oceniane będzie

posiadanie certyfikatów/zaświadczeń dotyczących przeszkolenia min. 2 osób na każde z poniżej wymienionych urządzeń tj. angiograf, tomograf, rezonans skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania czystości. Punkty w kryterium zostaną przyznane zgodnie z zasadami wynikającymi z poniższej tabeli:

| Lp. | Posiadane certyfikaty/zaświadczenia                                  | Liczba punktów |
|-----|----------------------------------------------------------------------|----------------|
| 1.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Angiografu firmy Canon Medical Systems | 12,50 pkt      |
| 2.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Tomografu firmy GE Healthcare          | 12,50 pkt      |
| 3.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. rezonansu firmy Philips                | 10,00 pkt      |

\*Do każdego urządzenia muszą być przeszkolone min. 2 osoby, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby 1 osoba miała certyfikat/zaświadczenie wystawione na więcej niż jedno urządzenie.

#### UWAGI DOT. KRYTERIUM NR 3:

W celu uzyskania punktów w w/w kryterium oceny ofert, Wykonawca wraz z ofertą składa środek dowodowy w postaci Certyfikatu/zaświadczenia dla min. 2 osób na każde z powyżej wymienionych urządzeń skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania czystości, wystawiony przez Producenta lub autoryzowany podmiot Producenta. Dokumenty te w ramach kryterium oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu. W przypadku nieprzedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów Wykonawca otrzyma 0,00 pkt.

Wykonawca w kryterium może uzyskać maksymalnie 35,00 pkt.”

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach modyfikacji SWZ dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo z 16 lutego 2024 r.) Zamawiający nieznacznie zmienił brzmienie opisu kryterium „Posiadane certyfikaty” na następujące:

„Kryterium Nr 3 „Posiadane Certyfikaty” (Y) – w ramach kryterium oceniane będzie posiadanie certyfikatów/zaświadczeń dotyczących przeszkolenia min. 2 osób na każde z poniżej wymienionych urządzeń tj. angiograf, tomograf, rezonans, realizujących zamówienie w zakresie utrzymania czystości. Punkty w kryterium zostaną przyznane zgodnie z zasadami wynikającymi z poniższej tabeli:

| Lp. | Posiadane certyfikaty/zaświadczenia                                  | Liczba punktów |
|-----|----------------------------------------------------------------------|----------------|
| 1.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Angiografu firmy Canon Medical Systems | 12,50 pkt      |
| 2.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Tomografu firmy GE Healthcare          | 12,50 pkt      |
| 3.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. rezonansu firmy Philips                | 10,00 pkt      |

\*Do każdego urządzenia muszą być przeszkolone min. 2 osoby, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby 1 osoba miała certyfikat/zaświadczenie wystawione na więcej niż jedno urządzenie.

#### UWAGI DOT. KRYTERIUM NR 3:

W celu uzyskania punktów w w/w kryterium oceny ofert, Wykonawca wraz z ofertą składa środek dowodowy w postaci Certyfikatu/zaświadczenia dla min. 2 osób na każde z powyżej wymienionych urządzeń, realizujących zamówienie w zakresie utrzymania czystości, wystawiony przez Producenta lub autoryzowany podmiot Producenta. Dokumenty te w ramach kryterium oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu. W przypadku nieprzedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów Wykonawca otrzyma 0,00 pkt.

Wykonawca w kryterium może uzyskać maksymalnie 35,00 pkt."

Izba stwierdziła, iż przedmiotowa zmiana pozostawała bez znaczenia dla istoty sporu i dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu.

W ocenie Izby tak sformułowane kryterium oceny ofert narusza przepisy ustawy Pzp, prowadząc w efekcie do zaburzenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, ocena, czy dane kryterium jest zgodne z ustawą, musi być dokonana wszechstronnie, w tym z uwzględnieniem zakazu ograniczania konkurencji i wprowadzania nieuzasadnionych preferencji dla określonych wykonawców. Celem wprowadzenia pozacenowych kryteriów oceny ofert co do zasady winno być uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za

proporcjonalnie najniższą cenę, czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku, pod warunkiem, że instytucja zamawiająca wykaże rzeczywiste i uzasadnione potrzeby, jakie mają być zrealizowane poprzez przyjęcie takich, a nie innych kryteriów oceny ofert. Bez szczegółowej identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Istotne jest przy tym również to, aby waga danego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości była określona w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem obiektywnie zidentyfikowanych korzyści jakie zamawiający uzyska poprzez jego wprowadzenie. Przypisanie wagi poszczególnym kryterium jakościowym nie może w sposób niezasadny i dyskryminacyjny pośrednio czy bezpośrednio preferować określonego wykonawcy czy określonego rozwiązania (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1128/22). Tak więc Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności. Kryteria pozacenowe muszą być jednoznaczne, obiektywne i stanowić gwarancję możliwości konkurencyjności wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający ustalił pozacenowe kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” jako kryterium o bardzo dużej wadze (35%), a zatem mające istotny wpływ na końcową ocenę ofert. Tymczasem w oparciu o treść dokumentów zamówienia trudno w ogóle zidentyfikować taki związek tego kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia, który uzasadniałby jego wprowadzenie, a do tego jego adekwatność do skali i zakresu zamówienia. Po pierwsze, już sam opis kryterium jest w ocenie Izby niejednoznaczny - Zamawiający wymagał posiadania przez min. 2 osoby realizujące usługi utrzymania czystości certyfikatu/zaświadczenia na każde z wymienionych urządzeń (odpowiednio angiograf firmy Canon Medical Systems, tomograf firmy GE Healthcare, rezonans firmy Philips), wystawionego przez producenta lub autoryzowany podmiot producenta, jednak z opisu kryterium nie wynika nawet czego konkretnie ten dokument miałby dotyczyć, tj. przeszkolenie z jakiego obszaru miałby on potwierdzać – czy na przykład z obsługi urządzenia, czy z serwisowania urządzenia, czy z utrzymania czystości urządzenia, czy może jeszcze jakiegoś innego aspektu. Po drugie, z treści dokumentów

zamówienia nie wynikają żadne obowiązki wykonawcy z zakresu obsługi tych urządzeń czy ich serwisowania ani żadne szczegółowe obowiązki wykonawcy w zakresie utrzymania czystości tych właśnie sprzętów. W SWZ nie zawarto w tym zakresie żadnych wytycznych poza wskazaniem na konieczność „sprzątania, mycia i dezynfekcji wyposażenia i sprzętu znajdującego się w komórkach organizacyjnych Szpitala.” Jeśli Zamawiający uważał, że nie może sobie pozwolić na awarię czy zniszczenie wymienionych w opisie kryterium urządzeń, które są urządzeniami wysokiej klasy oraz wartości, to powinien w opisie przedmiotu zamówienia określić konkretne wymagania związane z utrzymaniem tych urządzeń, w tym wskazać na konieczność stosowania się do określonych instrukcji czy wymagań gwarancyjnych nałożonych przez producenta. Tymczasem Zamawiający nie przewidział nawet postanowień, z których wynikałoby, że osoba wskazana w ramach kryteriów oceny ofert jako posiadająca wymagany certyfikat/zaświadczenie, ma w ogóle nadzorować czy wykonywać usługi utrzymania czystości urządzenia, którego ten dokument dotyczy.

Jedynie jako dodatkowy argument Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze wykazało, że uzyskanie certyfikatu/zaświadczenia na wymienione urządzenia (angiograf, tomograf, rezonans) wystawionego przez producenta lub autoryzowany przez producenta podmiot jest istotnie utrudnione, a co więcej, że Zamawiający ma świadomość istnienia po stronie innych niż obecny wykonawców trudności w uzyskaniu tego rodzaju zaświadczeń czy certyfikatów. Sam Zamawiający wskazywał, iż wykonawcy mogą taki certyfikat uzyskać dopiero wykonując usługi, a sprzęt, z obsługi którego wykonawca powinien zostać przeszkolony jest sprzętem dedykowanym dla szpitala. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż wprowadzone pozacenowe kryterium oceny ofert nie stanowi obiektywnej gwarancji możliwości konkurencyjności wykonawców, lecz preferuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę aktualnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi, który rzeczne certyfikaty pozyskał właśnie realizując te usługi, przechodząc szkolenie na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego. W tym kontekście Izba odsyła do dalszej części uzasadnienia, dotyczącej zarzutu nr 4 w sprawie o sygn. akt KIO 561/24, gdzie odniesiono się do przedstawionych w tym zakresie przez Strony

dowodów oraz do wypowiedzi Zamawiającego z rozprawy.

W konsekwencji Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu wykreślenie kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” określonego w Rozdziale XII punkt 2.3) SWZ oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przy czym Izba nie neguje tego, że wymóg przeszkolenia pracowników z zakresu utrzymania czystości urządzeń takich jak tomograf, rezonans czy angiograf mógłby być uzasadniony, chociażby z uwagi na znaczenie i wartość tych urządzeń. Niemniej w ocenie Izby w realiach przedmiotowego postępowania, jeśli Zamawiający dostrzega taką potrzebę,

to powinien taki obowiązek przewidzieć w opisie przedmiotu zamówienia i umożliwić przeszkolenie pracowników wykonawcy na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego na wstępnym etapie realizacji umowy, a nie premiować posiadanie zaświadczenia o szkoleniu jako kryterium oceny ofert, w dodatku o wadze istotnie wpływającej na ocenę ofert.

#### Zarzut nr 8

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 95 w zw. z art. 96 ustawy Pzp w zw. z art. 26 a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w zw. z dyrektywą Rady 200/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000r) oraz 183a § 1 i 4 Kodeksu Pracy poprzez zastrzeżenie o zakazie realizacji zamówienia przez osoby z niepełnosprawnościami, co stanowi przejaw dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz dyskryminuje wykonawców, którzy zatrudniają osoby z niepełnosprawnościami i utrudnia ww. wykonawcom dostęp do postępowania.

Izba ustaliła, iż zakresem zaskarżenia objęto wymaganie zawarte w Rozdziale I pkt 17.2 SWZ, gdzie wskazano:

„Zamawiający zastrzega, że z uwagi na charakter wykonywanych czynności, Wykonawca nie może skierować osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia w następującym zakresie:

- Wykonywanie czynności opisanych w Rozdziale II ust. 1 „Zakres usług” (Załącznik nr 4 do SWZ i umowy) pn. „Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu na następujących oddziałach: blok operacyjny wraz z salami hybrydowymi, sala porodowa, przy zabiegach cesarskiego cięcia, intensywna terapia, oddział neonatologii z salą intensywnej terapii noworodka, SOR”;
- Wykonywanie czynności opisanych w Rozdziale II ust. 2 „Zakres usług” (Załącznik nr 4

do SWZ i umowy) pn. „Pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane”;

- Wykonywanie czynności opisanych w Rozdziale II ust. 3 „Zakres usług” (Załącznik nr 4 do SWZ i umowy) pn. „Transport wewnętrzny”;
- Wykonywanie czynności opisanych w Rozdziale II ust. 4 pkt 4.2 „Zakres usług.”

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż jako organ właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy (por. art. 473 ust. 1 pkt 1 oraz art. 513 ustawy Pzp), nie jest 50

uprawniona do rozstrzygania w przedmiocie zgodności działań instytucji zamawiającej z przepisami ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, dyrektywy Rady 200/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy czy Kodeksu Pracy. Tym samym nie podlega ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego w petitum odwołania naruszenie przepisów ww. ustaw i ww. dyrektywy.

Odnosząc się do podnoszonego naruszenia przepisów ustawy Pzp Izba wskazuje, iż ustawodawca w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp przewidział narzędzie umożliwiające zamawiającym określenie szczególnych warunków odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia, obejmujących m.in. aspekty społeczne czy aspekty związane z zatrudnieniem. Jak wskazano w Komentarzu opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych (red. H. Nowak, M. Winiarz, Wydanie II) regulacja ta stanowi „jeden z instrumentów wspierających realizację celów innych polityk, w tym przede wszystkim polityki ochrony środowiska, polityki społecznej czy też rozwoju innowacji, z pomocą których zamawiający mogą stosować w swojej praktyce zakupowej tzw. zielone zamówienia czy społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne. Mogą też stawiać wymagania w zakresie innowacyjności czy też inne wymogi, które są uzasadnione potrzebami konkretnego zamówienia. W odróżnieniu od regulacji przewidzianej w art. 95 ustawy Pzp norma określona w art. 96 ustawy Pzp ustanawia uprawnienie, a nie obowiązek dla zamawiających.” Już tylko z tego powodu trudno przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez wyłączenie możliwości realizacji pewnego zakresu zamówienia przez osoby niepełnosprawne. Przewidziane w art. 96 ustawy Pzp uprawnienie służy wsparciu instytucji zamawiającej w realizacji innych celów, jakie na nią nałożono. Realizacja zaś tych innych celów – jak w tym przypadku polityki społecznej – leży poza zakresem oceny dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp mogłoby być w tym przypadku rozpatrywane w kategorii naruszenia innych przewidzianych w ustawie Pzp regulacji, na przykład zasady uczciwej konkurencji, jeżeli tego rodzaju zakaz dyskryminowałby w określony sposób wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne.

Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący oparł swoją argumentację na przerzuceniu na Zamawiającego ciężaru wykazania, że ze względu na swój szczególny interes jest uprawniony do ograniczenia możliwości skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, podczas gdy sam nie przedstawił żadnej argumentacji, która chociażby uprawdopodobniałaby, że realizacja zakresu zamówienia opisanego w Rozdziale I pkt 17.2 SWZ przez osoby niepełnosprawne jest możliwa. Odwołujący poprzestał na twierdzeniu, że „Zamawiający wyłączył z realizacji zamówienia osoby z niepełnosprawnościami niezależnie od stopnia i rodzaju niepełnosprawności. Ponadto zakaz wprowadzony przez

Zamawiającego dotyczy wszelkich czynności podczas, gdy oczywistym jest, że niektóre z zadań wykonywanych w ww. miejscach szpitala mogą i są realizowane przez osoby z niepełnosprawnościami”, podczas gdy powinien był wskazać konkretnie, które zadania w jego ocenie mogłyby wykonywać osoby niepełnosprawne i o jakim stopniu niepełnosprawności. Tego rodzaju argumentacja pozwoliłaby na dokonanie oceny czy faktycznie w omawianym przypadku mogłoby dojść do utrudnienia konkurencji poprzez dyskryminację wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych konkretnych twierdzeń na to wskazujących. Ponadto wbrew stanowisku Odwołującego zastrzeżenie dotyczące skierowania do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych nie dotyczyło wszelkich czynności, lecz zostało ograniczone do skonkretyzowanego w Rozdziale I pkt 17.2 SWZ zakresu. Zamawiający dopuścił możliwość realizacji zamówienia przez osoby niepełnosprawne w innym niż zdefiniowany zakresie, a zatem np. w zakresie obsługi magazynów rzeczy pozostawionych przez pacjentów (pkt 4.1 załącznika nr 4 do SWZ) czy w zakresie Zakładu Żywności (pkt 4.3 załącznika nr 4 do SWZ). Również w zakresie usług utrzymania czystości w Rozdziale I pkt 17.2 wskazano jedynie kilka niewrażliwych w tym aspekcie oddziałów/elementów usługi: blok operacyjny wraz z salami hybrydowymi, sala porodowa, przy zabiegach cesarskiego cięcia, intensywna terapia, oddział neonatologii z salą intensywnej terapii noworodka, SOR.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie była oparta na kompleksowej analizie postanowień dokumentów zamówienia i nie wykazywała zasadności zarzutu. Jednocześnie Odwołujący domagał się całkowitego usunięcia zastrzeżenia przewidzianego w Rozdziale I pkt 17.2, co nie było niczym uzasadnione. Jak wyjaśnił Zamawiający, kwestionowany zakaz miał na względzie troskę o bezpieczeństwo pacjenta, jak i dobro osób zatrudnionych, gdyż niewłaściwe wykonanie czynności (np. przywoływanych podczas rozprawy czynności przy pacjencie) mogłoby prowadzić do sytuacji stanowiących zagrożenie życia lub zdrowia pacjentów, personelu, czy osoby z niepełnosprawnością.

#### Zarzut nr 9

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 pkt 1 w zw. z art. 134 i art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 5, art. 29a i art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług oraz art. 8 ustawy Pzp i art. 5 oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz formularza cenowego w sposób niezgodny z naturą przedmiotu zamówienia i zobowiązanie wykonawców w do złożenia ofert obliczonych przy zastosowaniu metody obliczeniowej skutkującej niewłaściwą stawką podatku VAT oraz w sposób niezgodny z wymogami co do opisu przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, iż w Rozdziale XI SWZ zawarto opis sposobu obliczenia ceny. Zamawiający wskazał m.in.:

„1. oferowana cena, wyrażona w PLN, musi uwzględniać wszystkie wymagania określone w niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

6. Wymagane obliczenia ceny oferty (patrz Załącznik Nr 3 do SWZ i umowy – Formularz cenowy):

1) Wartość usługi netto za 1 m-c według wzoru: Faktyczna ilość m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej /ryczałt miesięczny x cena jednostkowa usługi netto za 1 m<sup>2</sup> za 1 m-c = wartość netto usługi za 1 miesiąc.

2) Wartość usługi brutto za 1 m-c według wzoru: wartość usługi netto za 1 miesiąc + kwota podatku VAT za 1 m-c = wartość usługi brutto za 1 miesiąc.

3) Łączna wartość usługi brutto w okresie obowiązywania umowy tj. w okresie 48 miesięcy = wartość usługi brutto za 1 miesiąc x 48 miesięcy.

4) Wartość usługi brutto za 1 m-c według wzoru: ryczałt netto za 1 m-c + kwota podatku VAT za 1 m-c = ryczałt brutto za 1 m-c

5) Łączny ryczałt brutto w okresie obowiązywania umowy tj. w okresie 48 miesięcy = ryczałt brutto za 1 m-c x 48 miesięcy.

6) Wartość usługi Strefa czystości 0-3 Techniczna - dotyczy sprzątnięcia na zlecenie płatne wg stawki z formularza cenowego ilość metrów wskazana każdorazowo w zleceniu-maksymalna ilość metrów podana w formularzu cenowym

7. Zamawiający wskazuje, że w przypadku pozycji formularza cenowego – usługi kompleksowego utrzymania czystości, która dotyczy zakresu wskazanego w rozdziale II pkt 1 Załącznika nr 4 do SWZ (Zakres usług) nie wycenia się usług wykonywanych przy pacjencie.

(...)

10. Wykonawca w ofercie zobowiązany jest określić stawkę podatku VAT.

11. Prawidłowe ustalenie stawki należnego podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi. Zastosowanie przez Wykonawcę stawki należnego podatku VAT od towarów i usług niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.”

Ponadto Izba ustaliła, iż we wzorze formularza cenowego (zał. nr 3 do SWZ) zawarta została tabela obrazująca poszczególne rodzaje usług/czynności, które zostały podzielone na grupy: 1. Usługa kompleksowego utrzymania czystości (w podziale na 7 stref czystości); 2. Pomoc w opiece nad pacjentem - pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej niesklasyfikowane zwolnione z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a

ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług. \*\*\*\*, 3. Transport wewnętrzny, 4. Usługi dodatkowe. W tabeli jedna z kolumn jakie należało wypełnić odnosiła się do podatku VAT – Zamawiający wymagał wskazania Stawki %\* oraz kwoty podatku za miesiąc. Pod tabelą zawarto następujące adnotacje:

„\* Obowiązująca w dniu składania ofert stawka podatku od towarów i usług (VAT).

\*\* Zamawiający wskazuje, że w przypadku pozycji kompleksowego utrzymania czystości, nie wycenia się usług przy pacjencie (1)

\* \*\* pomieszczenia strefy 0-3 Technicznej sprzątane są na zlecenie, płatne wg stawki z formularza cenowego, ilość metrów wskazywana jest każdorazowo w zleceniu, podana w formularzu wartość 6281,8 m2 to wartość maksymalna

\* \*\*\* Ryczałt za m2 z tytułu wykonania czynności nie może przekroczyć 20-krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty.”

Odwolujący uzasadniając zarzut wskazywał, iż pomimo, że usługi sprzątania i usługi pomocowe nie są usługami tożsamymi, to są wykonywane na terenie szpitala w tych samych miejscach, a mimo tego Zamawiający narzucił na wykonawcę obowiązek sztucznej wyceny ww. usług. Odwołujący podnosił, iż dokonanie prawidłowej wyceny w formularzu cenowym jest niemożliwe, ponieważ zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca w ww. strefach czynności zobowiązany jest wykonywać zarówno sprzątanie, jak i usługi pomocowe, a ponadto – niejako dodatkowe – czynności pomocowe wyodrębnione w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższa argumentacja Odwołującego jest niezrozumiała, Odwołujący nie wskazał w sposób rzeczowy, dlaczego dokonanie prawidłowej wyceny z uwzględnieniem wytycznych wynikających z formularza cenowego miałyby w praktyce być niemożliwe. Zamawiający w formularzu cenowym podzielił usługi rodzajowo, wymagając przedstawienia wyceny za usługę kompleksowego utrzymania czystości z podziałem na strefy (wykonawca ma podać ceny jednostkowe za m2) oraz odrębnej wyceny usług rozliczanych w ramach miesięcznego ryczałtu (w tym usług pomocy w opiece nad pacjentem). Wycena poszczególnych czynności – różnych rodzajowo (sprzątanie, pomoc w opiece nad pacjentem, transport, usługi dodatkowe) – nie powinna nastręczać trudności wykonawcy, który zawodowo świadczy tego rodzaju usługi. Okoliczność, iż usługi będą wykonywane w tym samym miejscu bynajmniej nie powoduje, że nie jest możliwe ich odrębne wycenienie. Nie mamy także tutaj do czynienia z sytuacją, w której cena za usługi sprzątania (poz. 1 tabeli) miałyby obejmować także inne rodzajowo usługi, jak wskazywane przez Odwołującego czynności pomocowe, ponieważ w adnotacji \*\* zawartej w formularzu cenowym Zamawiający wprost wskazał, że w przypadku pozycji kompleksowego utrzymania

czystości (poz. 1 tabeli), nie wycenia się usług przy pacjencie (usługi te wycenia się w poz. 2 tabeli). Analogiczna okoliczność wynika z Rozdziału XI pkt 7 SWZ. Jak wykazał Przystępujący Konsorcjum Ever Medical Care za pomocą złożonych dowodów (formularzy cenowych/ofertowych z innych postępowań na usługi podobne do przedmiotu zamówienia), rozdzielanie w formularzach cenowych usług z zakresu czystości od usług pomocniczych przy pacjencie jest praktyką zamawiających i nie powoduje po stronie wykonawców trudności.

Nie jest także zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy twierdzenie zawarte w odwołaniu, że Zamawiający wymaga wyceny poszczególnych stref utrzymania czystości z uwzględnieniem stawki VAT 23%, takie wymaganie nie wynika z treści SWZ. To wykonawcę obciąża obowiązek prawidłowego ustalenia stawki należnego podatku VAT (por. Rozdział XI pkt 11 SWZ). Niezależnie jednak od tego Odwołujący nie przedstawił merytorycznej argumentacji, dlaczego jego zdaniem wobec części czynności wykonywanych na strefach czystości szpitala należałoby zastosować stawkę inną niż 23%, jakie miałyby to być czynności, skoro czynności z zakresu opieki nad pacjentem zostały wskazane w osobnej pozycji. W odwołaniu nie przedstawiono nawet żadnej analizy, jaką stawkę VAT z dniem Odwołującego należałoby przyjąć dla poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i jak zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji należało skonstruować formularz cenowy. Argumentacja Odwołującego miała charakter wyłącznie hasłowy, Odwołujący jedynie przywołał regulacje wynikające z ustawy o podatku od towarów i usług, podnosząc, że zmuszony jest dokonać wyceny niezgodnie z przepisami podatkowymi, nie przełożył jednak tych teoretycznych rozważań na realia przedmiotowego postępowania i konkretny zakres zamówienia. Całkowicie niezrozumiałe jest przy tym domaganie się przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 9 usunięcia z formularza cenowego zastrzeżenia „\*Obowiązująca w dniu składania ofert stawka podatku od towarów i usług (VAT).” Odwołujący powoływał się na nieprawidłową konstrukcję formularza cenowego i narzucenie wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ofertowej, a jednocześnie nie przedstawił żądań w tym zakresie, lecz domagał się usunięcia adnotacji, która w praktyce nie miała istotnego znaczenia – wykonawca i tak zobowiązany jest składając ofertę uwzględnić właściwą stawkę podatku VAT, taki obowiązek wynika chociażby z Rozdziału XI pkt 10 i 11 SWZ.

## Zarzut nr 10

Za niewykazany Izbą uznano zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 8 ustawy Pzp i art. 5 oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez narzucenie sztucznego progu wartości usług przy pacjencie w całości wartości usługi skutkiem czego cena ofertowa (wynagrodzenie wykonawcy) jest kształtowana przez Zamawiającego podczas, gdy to Wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z naturą tego zobowiązania a także zasadami

współzycia społecznego powinien samodzielnie kształtować treść ww. zobowiązania umownego.

Zakresem zaskarżenia w tym przypadku objęta została adnotacja zawarta w formularzu cenowym o treści: \*\*\*\* Ryczałt za m2 z tytułu wykonania czynności nie może przekroczyć 20-krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty." Odwołujący domagał się jej usunięcia wskazując, że tego rodzaju postanowienie bezpośrednio wpływa na sposób wyliczenia ceny przez wykonawcę, jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani prawnym sprawy.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wykazywałaby, że doszło w tym przypadku do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 9 stanowisko Odwołującego nie zostało skonkretyzowane, opierało się na hasłowych, niczym nie popartych stwierdzeniach, że zastosowanie wymaganej proporcji ma charakter sztuczny. Odwołujący zarzucając Zamawiającemu, że SWZ, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz umowa, nie zawierają jednoznacznego podziału na czynności ze względu na stawkę podatku VAT, pomija okoliczność, iż podział czynności przewidziany w formularzu cenowym koreluje z zakresem usług opisanym w załączniku nr 4, gdzie scharakteryzowano poszczególne czynności, w tym m.in. zawarto szczegółowy wykaz czynności wymaganych przez Zamawiającego przy realizacji pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowanych, czyli usług do których odnosi się pozycja 2 formularza cenowego, do której zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego w opisie tej pozycji stosuje się zwolnienie z podatku VAT. Skoro Odwołujący twierdzi, iż „ma świadomość jakie usługi składają się na zamówienie, potrafi je kwalifikować, zna koszty ich realizacji i ceny rynkowe ww. usług i dokładnie wie ile będzie kosztowała dana usługa” to powinien być w stanie też zidentyfikować na podstawie dokumentów zamówienia, które usługi według Zamawiającego stanowią usługi z poz. 2 formularza cenowego, czyli usługi zwolnione z VAT. Jeżeli zdaniem Odwołującego w zakres usługi kompleksowego utrzymania czystości, których wyceny dokonuje się w poz. 1 formularza cenowego, mogą wchodzić jakieś inne niż objęte poz. 2 tego formularza cenowego czynności, do których zastosowanie znajdowałaby inna stawka podatku VAT niż dla „standardowych” usług sprzątnia, to powinien przedstawić konkretne twierdzenia, w tym przede wszystkim wskazać jakie to są czynności. Odwołujący poprzestał na czysto teoretycznych wywodach, bez konkretnego odniesienia się do opisu przedmiotu zamówienia i czynności nim objętych.

Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie tyle nie udowodnił, co nawet nie uprawdopodobnił, że przyjęta przez Zamawiającego w formularzu cenowym proporcja miesięcznego ryczałtu w stosunku do ceny za m2 usług podstawowych jest niewłaściwa. Odwołujący jedynie zaznaczył, że „sposób kwalifikacji usług pomocowych wynikający z utrwalonej linii orzeczniczej sądów oraz interpretacji zarówno ogólnej jak i indywidualnych dotyczących sprawy, wskazuje, że proporcja ta jest inna niż określona w ww. zastrzeżeniu,” nie wskazując dlaczego proporcja ta miałaby być niewłaściwa ani jaka w jego ocenie proporcja byłaby miarodajna. Nie wyjaśnił też jakie to interpretacje podatkowe stały u podstaw jego stanowiska, do jakich konkretnie usług pomocowych się odnosiły. Tymczasem Zamawiający wskazał, że jego celem było to, aby wykonawcy nie zaniżali kwoty za m2 sprzątnia powierzchni (z czym miał do czynienia wcześniej) i nie przerzucali kosztów do miesięcznego ryczałtu za czynności opieki nad pacjentem, dlatego obliczył na podstawie posiadanych danych proporcję, jaka w jego ocenie jest właściwa i jaka pozwala na zaoferowanie cen rzeczywistych. Prawidłowość tej proporcji nie została przez Odwołującego w sposób skuteczny podważona.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że przyjęty przez Zamawiającego podział procentowy skutkuje wieloma ryzykami, a przede wszystkim kreuje sztuczną inżynierię cenową. Wręcz przeciwnie, w ocenie Izby tego rodzaju zastrzeżenie może uszczelniać Zamawiającego przed wspomnianą inżynierią cenową i nieuzasadnionym podwyższeniem wartości usług podlegających zwolnieniu z VAT rozliczanych w ramach miesięcznego ryczałtu, a obniżeniem cen za czynności sprzątnia rozliczanej za m2. Izba za wiarygodne uznała w tym zakresie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care, że z uwagi na różne rozumienie usług pomocowych przez wykonawców i kwalifikowanie jako usług przy pacjencie czynności wątpliwych takich jak np. sprzątnie wokół łóżka, wprowadzenie rozdzielenia w formularzach cenowych usług z zakresu utrzymania czystości od usług pomocniczych i ustalenie stosownej proporcji pomiędzy poszczególnymi kosztami, przy uwzględnieniu że podlegają one różnym stawkom VAT może być uzasadnione jako sprzyjające transparentności i gwarantujące faktyczną porównywalność ofert. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez Przystępującego (wydruk wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ z dnia 14 lutego 2024 r. w postępowaniu nr SZP/EZP/35/2024 prowadzonym przez Szpital Powiatowy w Złotowie, wydruk wyjaśnień treści SWZ z dnia 22 maja 2023 r. w postępowaniu nr SZWDZ/340/07-8/2023 prowadzonym przez Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich, wydruk odwołania wniesionego przez Konsorcjum Hospital Service Sp. z o.o. dnia 22 lutego 2024 r. w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Specjalistyczny Szpital w Łodzi; wydruk wezwania i wyjaśnień złożonych w postępowaniu SPZOZ.AZ.2024 prowadzonym przez SPZOZ w Kędzierzynie – Koźlu wraz z zestawieniem

cen) brak doregulowania przedmiotowej kwestii może prowadzić do wątpliwości w zakresie ustalenia, które czynności jak zakwalifikowano i jaką stawkę VAT zastosowano. Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego i Przystępującego po stronie Zamawiającego. Nie wskazał także w czym tak naprawdę upatruje tutaj naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, skoro zaskarżone zastrzeżenie jest transparentne i nie prowadzi do uprzywilejowania któregośkolwiek z wykonawców, a więc nie zachodzi niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia ani sytuacja, w której opis

przedmiotu zamówienia może utrudniać konkurencję. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby proporcja pomiędzy określonymi pozycjami formularza cenowego została określona na niewłaściwym poziomie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Zarzut nr 11

W zakresie zarzutu nr 11, tj. zarzutu naruszenia art. 433 pkt. 4 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględnia ww. zarzut w całości i dokona stosownej zmiany treści SWZ poprzez wprowadzenie następującego postanowienia: „Zamawiający zobowiązuje się do wykorzystania 70% wartości umowy (z wyłączeniem sytuacji określonych w §11 niniejszej umowy).”

Wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Ever Medical Care na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 11.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1.2 sentencji wyroku.

#### Zarzut nr 12

Zarzut naruszenia art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 k.c., odnoszący się do problematyki kar umownych zastrzeżonych we wzorze umowy, Izba uznała za nieuzasadniony.

Izba ustaliła, iż zakresem zaskarżenia objęto postanowienia § 8 ust. 1 oraz § 8 ust. 11 wzoru umowy. Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SWZ) „Zamawiający

ma prawo naliczyć i pobrać od Wykonawcy kary umowne jeżeli Wykonawca nie świadczy usługi przez okres dłuższy niż 2 godziny lub jeśli zaniecha czynności, która stworzy sytuację zagrożenia zdrowia, życia pacjentów – w wysokości 20 000 zł. za każdy stwierdzony przypadek np. brak pracownika na zmianie, brak zastępstwa – opóźnienie powyżej 1 godz. od rozpoczęcia zmiany, zaniechanie dekontaminacji pomieszczeń, ciągów komunikacyjnych itp. w sytuacji zagrożenia epidemiologicznego.”

Ponadto zgodnie z § 8 ust. 11 wzoru umowy „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

- 1) W przypadku naruszenia postanowień umowy, w tym także wynikających z nieprzestrzegania obowiązujących w Szpitalu procedur, programów, w tym Programu Higieny Szpitalnej, standardów, zarządzeń, regulaminów i instrukcji - w wysokości 1,5 % wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.
- 2) W przypadku nie zapewnienia pracownikom niezbędnej odzieży ochronnej (załącznik nr 4 do umowy Zakres usług pkt III 2 b) – 1,5 % wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.
- 3) W przypadku nie przekazania Zamawiającemu w terminie dokumentów, o których mowa w §1 ust. 6 umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 1,5% wartości określonej w §7 ust. 1 umowy.
- 4) W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego) - w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 15 minut liczone od momentu upływu terminu stawienia się do momentu przybycia pracownika, z zastrzeżeniem zdania kolejnego. Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 700 - 1900 wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 400 zł; serwis nocny w godz. 1900 - 700 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż – 15 min. od momentu zgłoszenia wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 600 zł.
- 5) W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy sprzątania) - w wysokości 150 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 15 minut liczone od momentu upływu terminu stawienia się do momentu przybycia pracownika, z zastrzeżeniem zdania kolejnego. Personel Wykonawcy

zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 700 – 1900, wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 600 zł.; serwis nocny w godz. 1900-700 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 20 min. od momentu zgłoszenia wobec czego kara

umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 800 zł.

6) W przypadku nie wykonania pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego - w wysokości 200 zł. za każdy udokumentowany przypadek.

7) W przypadku nienależytego wykonania pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego, Sal Angiografii, Oddziału Intensywnej Terapii, Oddziału Kardiologii Interwencyjnej, Oddziału Neurologii – w wysokości 200 zł. za każdy udokumentowany przypadek.

8) W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przez Zamawiającego uchybień w wykonaniu usługi w terminie wskazanym przez Zamawiającego – w wysokości 500 zł.

9) Za każdy punkt 0 (zero) w „Protokole kontroli wykonania usługi utrzymania czystości” w kwocie 150 zł.

10) Zamawiający zastrzega sobie prawo do wykonania własnych wymazów czystościowych. W przypadku uzyskania wyników nieprawidłowych Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną:

a) 1000 zł – za każdy dodatni wynik posiewu mikrobiologicznego wykonanego przez Zamawiającego w przypadku wyhodowania drobnoustroju alarmowego ujętego w wykazie czynników alarmowych (Rozporządzenie Ministra Zdrowia Dz. U. 294 poz.1741, Załącznik Nr 1).

b) 200 zł – za każdy dodatni wynik posiewu mikrobiologicznego (wykazujący wzrost obfity) wykonanego przez Zamawiającego w przypadku wyhodowania drobnoustroju nie zawartego w wykazie patogenów alarmowych (Rozporządzenie Ministra Zdrowia Dz. U. 294 poz.1741, Załącznik Nr 1).

c) Zamawiający dodatkowo obciąży Wykonawcę kosztami badań. Całkowity koszt jednego badania wynosi 150 zł – Zarządzenie Nr 86/2023 Dyrektora MMS w Ostrołęce (kwota może ulec zmianie).

11) W przypadku dopuszczenia do pracy lub na zastępstwo pracownika nieprzeszkolonego, nieznanego swojego zakresu obowiązków w danym oddziale i potwierdzenia tego faktu w formie pisemnej (pismo, wiadomość e-mail do pracownika pełniącego nadzór nad prawidłową realizacją umowy) przez pielęgniarkę oddziałową, członków Zespołu ds.

Kontroli Zakażeń szpitalnych lub pracownika pełniącego nadzór nad prawidłową realizacją umowy – w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony fakt.

12) W przypadku niestawienia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie i miejscu pracy (na oddziale, w przychodniach, poradniach itp.) i nieuzupełnienia w ciągu 2 godz. (od zgłoszenia osobie nadzorującej usługę sprzątania ze strony Zamawiającego) obsady pracowników serwisowych przez Wykonawcę – w wysokości 500 zł. za każdy stwierdzony przypadek.

13) W przypadku stwierdzenia podczas kontroli przez przedstawicieli Zamawiającego niedostatecznej ilości środków niezbędnych do prawidłowego utrzymania czystości na danym oddziale, np.: za mało mopów, ściereczek (w odpowiedniej kolorystyce), przeterminowane środki dezynfekujące, brak rękawiczek jednorazowych itp. – w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony fakt.

14) W przypadku rozpoczęcia realizacji usługi dekontaminacji pomieszczeń w terminie późniejszym niż 2 godz. od daty wymaganego rozpoczęcia wykonania usługi w wysokości 1000 zł.

15) W przypadku braku aktualnej książeczki zdrowia u pracownika Wykonawcy w wysokości 600 zł. za każdy brak książeczki.

16) W przypadku braku codziennego (w dni powszednie) nadzoru (brygadzystów) nad pracownikami świadczącymi usługę sprzątania w oddziałach/zakładach i kontaktu z Pielęgniarkami Oddziałowymi/Kierownikami a w dni wolne od pracy nadzoru telefonicznego w razie potrzeby oraz niewłaściwym wykonaniem usługi wynikającym z braku nadzoru, Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.

17) W przypadku braku przeprowadzenia w danym roku kalendarzowym szkoleń pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w ilości szkoleń wskazanych w planie, o którym mowa w Załączniku nr 8 do umowy dotyczącym tego roku kalendarzowego, Wykonawca zapłaci karę w wysokości 2000zł za każde nie

przeprowadzone szkolenie.

18) Za niedostarczenie dokumentacji przebiegu procesów dekontaminacji Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500 zł za każdy proces, którego dokumentacja dotyczy.

19) W przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od wykonywania umowy, zapłaci on Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości określonej w § 7 ust. 1 umowy.

20) W przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od wykonywania umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, zapłaci on Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości określonej w § 7 ust. 1 umowy.

21) W przypadku rozwiązania przez Zamawiającego umowy z przyczyn, o których mowa w § 11 ust. 3 umowy zapłaci on Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości określonej w § 7 ust. 1 umowy."

Izba stwierdziła, iż zarzut nr 12 odwołania został zakreślony bardzo szeroko, obejmując cały katalog kar umownych przewidzianych we wzorze umowy, a jednocześnie uzasadnienie przedstawione na poparcie tego zarzutu było hasłowe i szablonowe. Odwołujący w uzasadnieniu jedynie przywoływał orzecznictwo i w sposób bardzo ogólny referował do tego, że kary są rażąco wygórowane, są obliczane od maksymalnej szacunkowej wartości umowy, wskazywał, że kary umowne nie mogą być nakładane za niezawinione uchybienie, czy że karanie za jakiegokolwiek uchybienie jest nadmiernym rygoryzmem. Odwołujący w żadnym miejscu nie odniósł się konkretnie do którejkolwiek z kar umownych, które zakwestionował. Jako przykład można wskazać na stwierdzenie: „niektóre z kar określonych we wzorze umowy umożliwiają nałożenie kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez określenia zamkniętego katalogu tych naruszeń.” Tego rodzaju ogólne tezy niczego nie wykazują, nie da się na ich podstawie nawet stwierdzić, do których kar umownych się odnoszą. Uzasadnienie przedmiotowego zarzutu przedstawione przez Odwołującego jest na tyle ogólne, że mogłoby zostać przywołane na potrzeby każdego postępowania odwoławczego. Odwołujący odniósł się do przewidzianych we wzorze umowy kar umownych w sposób zindywidualizowany, nie wskazał dlaczego uznaje określone kary za rażąco wygórowane ani dlaczego zasadne byłoby obniżenie wysokości kar umownych do poziomu wskazanego w żądaniu, nie wskazał, które to kary miałyby zawierać niedoprecyzowany katalog naruszeń, a które są przewidziane za niezawinione działanie. Jednocześnie Odwołujący w ramach żądania domagał się usunięcia § 8 ust. 1 i 11 pkt 1-3), nie obejmując w ogóle zakresem żądania § 8 ust. 11 pkt 421), które także zaskarżył. Odwołujący – jako podmiot posiadający praktykę w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia – był w stanie ocenić, które konkretnie kary faktycznie niosą dla niego istotne ryzyko, był w stanie przedstawić argumentację popartą wyliczeniami, która mogłaby wykazać rażąco wygórowany poziom kar, podobnie jak był w stanie zaprezentować analizę prawną i faktyczną w odniesieniu do każdej z kar objętej zakresem zaskarżenia. Kary te różniły się co do rodzaju uchybień, co do wysokości, a zatem trudno uznać za wystarczające poprzestanie wyłącznie na ogólnych stwierdzeniach, tym bardziej że w oparciu o przedstawione uzasadnienie ciężko nawet przyporządkować te ogólne stwierdzenia do poszczególnych kar umownych.

Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że przedmiotowy zarzut – jako nieskonkretyzowany i pozbawiony rzeczowej argumentacji – nie mógł podlegać uwzględnieniu.

#### Zarzut nr 13

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 13 – w części dotyczącej żądania dookreślenia w § 18 ust. 11 pkt 2) wzoru umowy wskaźnika zmian cen materiałów lub kosztów poprzez wskazanie na wskaźnik półroczny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni ww. zarzut w części – w zakresie odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i dokona stosownej zmiany treści SWZ poprzez dodanie słowa „półrocznego”.

Wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Ever Medical Care na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 13 w wyżej wskazanej części.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Znalazło to odzwierciedlenie w pkt 1.3 sentencji wyroku.

Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut w części dotyczącej ustalonego we wzorze umowy maksymalnego limitu dopuszczalnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba ustaliła, iż zakresem zaskarżenia objęto § 18 ust. 11 wzoru umowy, w którym wskazano: „Stosownie do postanowień art. 439 ust. 1 PZP Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 7 ust 1 i 2 niniejszej umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia na następujących zasadach:

- 1) Przez zmianę kosztów rozumie się wzrost kosztów, jak i ich obniżenie, względem cen wskazanych przez Wykonawcę w ofercie,
- 2) Zmiana wynagrodzenia dokonana zostanie z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,
- 3) Strony mogą żądać zmiany wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik waloryzacyjny, o którym mowa w pkt. 2 przekroczy 5%.
- 4) Wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od dnia otwarcia ofert, a kolejny nie może być złożony wcześniej niż po 180 dniach od daty ostatniej zmiany wysokości wynagrodzenia. Każda ze Stron umowy może zwrócić się do

z wnioskiem o waloryzację w terminie do 30 dni od dnia upływu 6 miesięcy od zawarcia Umowy lub od ostatniej waloryzacji.

- 5) Waloryzacja będzie dotyczyła jedynie wynagrodzenia, które nie zostało zapłacone Wykonawcy i będzie obliczone w oparciu o wskaźnik określony w ust. 11 pkt 2).
- 6) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia 3% względem ceny lub kosztu w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie."

Jak wskazuje się w orzecznictwie, celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku. Instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty (por. wyrok KIO z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 440/22).

Mając powyższe na względzie, a w szczególności okoliczność, że klauzule waloryzacyjne mają faktycznie umożliwiać zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy

w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Izba stwierdziła, iż ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający, na poziomie jedynie 3% w sytuacji, gdy umowa ma zostać zawarta na okres czterech lat, trudno uznać za adekwatne i odpowiadające aktualnej sytuacji rynkowej (znaczný wzrost cen i poziomu inflacji na przestrzeni ostatnich lat). Izba zgodziła się z Odwołującym, iż ustalenie przez Zamawiającego, że wynagrodzenie może zostać zwaloryzowane maksymalnie do wysokości 3% ceny oferty, powoduje, że realna możliwość zmiany wynagrodzenia jest istotnie ograniczona, jeśli nie pozorna, a jako taka nie prowadzi do zachowania równowagi ekonomicznej stron umowy i nie realizuje celu, dla którego ustanowiono przepisy art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia określonej w § 18 ust. 11 pkt 6) wzoru umowy z 3% do 10%. W oparciu o argumentację i dane przedstawione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że maksymalna wartość zmian wynagrodzenia na poziomie 10% będzie adekwatna w stosunku do dotychczasowej i obecnej sytuacji rynkowej. Natomiast Izba uznała, że wyartykułowany w treści żądania poziom 15% nie został wykazany. Odwołujący nie przedstawił konkretnych argumentów, dlaczego to akurat taki maksymalny limit waloryzacji uważa za adekwatny do sytuacji rynkowej, a w swojej argumentacji referował głównie do kwestii dopuszczalności zmian umowy, których łączna wartość jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy. W odwołaniu nie zawarto uzasadnienia dla takiego żądania.

W pozostałym zakresie, tj. odnoszącym się do § 18 ust. 11 pkt 3) wzoru umowy, Izba oddaliła zarzut, uznając stanowisko Odwołującego za nieuzasadnione, zwłaszcza w kontekście sformułowanego żądania obniżenia wysokości wskaźnika waloryzacyjnego, którego przekroczenie aktualizuje uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia z 5% do jedynie 0,5%.

Izba wskazuje, iż jeżeli Odwołujący domagał się tego rodzaju zmiany, to powinien swoje żądanie uzasadnić w sposób przekonujący, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Izba ponownie podkreśla, iż w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. Zatem aby odwołanie w tego rodzaju sprawach mogło zostać uznane za zasadne, powinno oprócz wskazania wadliwości postanowień proponowanych przez Zamawiającego, zawierać również uzasadnienie żądania określonej zmiany. Odwołujący przedstawił argumentację mającą wykazać, że tak wysoki wskaźnik zmian cen materiałów lub kosztów nie występuje w praktyce lub występuje w sytuacjach nadzwyczajnych, jednak w ogóle nie uzasadnił dlaczego obniżenie tego wskaźnika do tak symbolicznego jak proponowany w odwołaniu poziomu miałyby być właściwe. Nieuzasadnione postulaty wykonawców ukierunkowane 65

jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy nie zasługują na ochronę prawną. Ponadto w ocenie Izby argumentacja przedstawiona w celu wykazania zasadności zarzutu była niepełna, Odwołujący co prawda

powołał się na dane dotyczące prognozy inflacji, niemniej uczynił to w sposób wyłącznie hasłowy, poprzez podanie odnośników do odpowiednich stron internetowych, nie wskazując jakie konkretne wnioski z tych dokumentów wynikają. Odwołujący jedynie podsumował, że prognozy te dowodzą, iż na podstawie kwestionowanej klauzuli waloryzacyjnej niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek zmiany wynagrodzenia umownego, zaniechał jednak przedstawienia rzetelnej analizy.

#### Zarzut nr 14

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 14 – w części dotyczącej żądania wydłużenia okresu wypowiedzenia wskazanego w § 11 ust. 1 wzoru umowy do trzech miesięcy;

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględnia ww. zarzut w części – w zakresie terminu wypowiedzenia umowy. Zamawiający wskazał, iż dokona zmiany treści Projektu umowy w §11 ust. 1 oraz ust. 1 pkt 1) na następujący zapis: „1. Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach: 1) jeżeli Wykonawca co najmniej pięciokrotnie nie wykona w całości usługi w jednym ze strategicznych miejsc szpitala tj.: oddział intensywnej terapii, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział neonatologiczny, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny.”

Wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Ever Medical Care na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 14 w wyżej wskazanej części.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Znalazło to odzwierciedlenie w pkt 1.4 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Izba ustaliła, iż zakresem zaskarżenia objęto § 11 ust. 1 wzoru umowy, w którym wskazano, co następuje:

„Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach:

- 1) jeżeli Wykonawca co najmniej dwukrotnie nie wykona w całości usługi w jednym ze strategicznych miejsc szpitala tj.: oddział intensywnej terapii, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział neonatologiczny, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny.
- 2) jeżeli organ administracji publicznej zastosował wobec Zamawiającego lub Wykonawcy karę z powodu naruszenia przepisów sanitarno – epidemiologicznych lub innych mających zastosowanie do świadczonych usług, a Wykonawca nie wykonał zaleceń pokontrolnych, chyba że Wykonawca nie ponosi winy za spowodowanie sytuacji stanowiącej podstawę nałożenia kary.
- 3) wystąpi co najmniej dwukrotne naliczenie przez Zamawiającego kar umownych określonych w § 8 ust. 1 Umowy tj. w przypadku, gdy Wykonawca „nie świadczy usługi przez okres dłuższy niż 2 godziny lub jeśli zaniecha czynności, która stworzy sytuację zagrożenia zdrowia, życia pacjentów”.
- 4) jeżeli zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z przyczyn określonych w § 18 ust. 2 pkt 8 lit. b – d przekroczy kwotę w:
  - a) okresie styczeń – czerwiec 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2024 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2024);
  - b) okresie lipiec - grudzień 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2025 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2025);
  - c) okresie styczeń – czerwiec 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2025 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2025);
  - d) okresie lipiec- grudzień 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez

Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I–VI 2026);

e) okresie styczeń – czerwiec 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2026);

f) okresie lipiec- grudzień 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I–VI 2027);

g) okresie styczeń – czerwiec 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2027);

h) okresie lipiec- grudzień 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2028 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I–VI 2028);

5) jeżeli Wykonawca nie wykona obowiązku, o którym mowa w § 4 ust. 4 Umowy po uprzednim dwukrotnym wezwaniu do jego wykonania w minimalnym terminie 1 dnia.”

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z § 18 ust. 2 pkt 8 lit. b – d wzoru umowy „Strony dopuszczają zmianę treści umowy jeśli zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany: (...)

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. W celu wykazania wpływu na koszty wykonania

zamówienia przez wykonawcę zobowiązany on będzie do przedłożenia: - listy osób wykonujących pracę, - aktualnych umów o pracę, - listy płac potwierdzających wypłatę minimalnego wynagrodzenia za pracę lub pasków płac dla wszystkich zatrudnionych pracowników.

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W treści odwołania podniesiono zarzut naruszenia art. 8, art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w dwóch aspektach: a) ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez ustalenie we wzorze umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu „wypowiedzenie umowy z zachowaniem 1 – miesięcznego okresu wypowiedzenia” oraz b) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających warunkowe zastosowanie art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba wskazuje, iż argumentacja zawarta w uzasadnieniu faktycznym zarzutu była wewnętrznie sprzeczna. Odwołujący z jednej strony wskazywał bowiem na zasadę trwałości stosunku prawnego, powoływał się na niedopuszczalność wypowiedzenia umowy z błahego powodu czy w oparciu o arbitralną decyzję Zamawiającego, a z drugiej strony w ramach postawionego żądania domagał się wprowadzenia nowego brzmienia § 11 ust. 1 wzoru umowy o następującym kształcie: „Strony mogą wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia.” W ocenie Izby to właśnie ww. propozycja godzi w zasadę trwałości stosunku prawnego, umożliwia zakończenia stosunku prawnego z błahego powodu lub w oparciu o arbitralną decyzję którejkolwiek ze stron, Odwołujący dąży bowiem do wprowadzenia postanowienia umownego umożliwiającego rozwiązanie umowy z dowolnej przyczyny w każdym czasie.

Ponadto Izba wskazuje, iż w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją, w której zastrzeżono by możliwość wypowiedzenia umowy z incydentalnego powodu, jak powoływane przez Odwołującego niewykonanie pojedynczego postanowienia umownego czy niewykonanie świadczenia ubocznego. Możliwość wypowiedzenia umowy przewidziano w przypadku niewykonania przez wykonawcę w całości usługi w jednym ze wskazanych strategicznych miejsc szpitala, przy czym to niewykonanie musi mieć miejsce –

w świetle zmian, które mają zostać wprowadzone – aż pięciokrotnie. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że jego stanowisko pozostaje aktualne w obliczu zmian wzoru umowy, które zamawiający zobowiązany jest wprowadzić zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, tj. zmiany dwukrotności naruszenia na pięciokrotność oraz zmiany miesięcznego okresu wypowiedzenia na trzymiesięczny. Nie mamy tu do czynienia z wskazywaną przez Odwołującego

arbitralnością po stronie Zamawiającego czy niepewnością po stronie wykonawcy, ponieważ możliwość wypowiedzenia umowy zależna jest w tym przypadku od należytego wykonywania usług przez wykonawcę.

Również w przypadku § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy możliwość wypowiedzenia umowy nie jest zależna od arbitralnej decyzji Zamawiającego, lecz od spełnienia określonych przesłanek (przekroczenia iloczynu poziomu uzyskanego przychodu z Narodowego Funduszu Zdrowia, gwarantującego możliwość finansowania zamówienia oraz ustalonego wskaźnika). Zamawiający nie naruszył art. 436 ust. 4 lit. b) ustawy Pzp, bowiem zgodnie z tym przepisem przewidział stosowne postanowienia umowne regulujące zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Możliwość wypowiedzenia umowy w oparciu o § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy nie prowadzi do nieuzasadnionego uwolnienia się przez Zamawiającego od jego obowiązków związanych z waloryzacją wynagrodzenia. Ryzyko wystąpienia takiej sytuacji, jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, jest niewielkie. Przy wyliczeniu iloczynu przychodu z NFZ i wskaźnika 1,20% według obecnego stanu koszty waloryzacji wynagrodzenia nie przekraczają nawet połowy uzyskanej kwoty. Wskaźnik ten został zatem ustalony na wysokim poziomie, zabezpieczającym interesy wykonawcy i sprowadzającym możliwość wypowiedzenia umowy do sytuacji ekstraordynaryjnych, kiedy to z uwagi na wysokość przychodów z NFZ musiałoby dojść do konieczności finansowania przedmiotowej umowy kosztem usług opieki zdrowotnej. Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń przedstawionych przez Zamawiającego w tym zakresie. Należy również wskazać, iż nawet w przypadku gdyby nie zastrzeżono stosownej klauzuli umownej, to Zamawiającemu na mocy art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przysługiwałoby prawdo do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Izba ponadto nie uznała za adekwatne do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy powoływanie się przez Odwołującego na wyrok z dnia 26 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 104/23. W ww. sprawie klauzula umowna umożliwiająca wypowiedzenie umowy została sformułowana w diametralnie inny, arbitralny i niedookreślony sposób („Strony dopuszczają możliwość rozwiązania umowy za trzymiesięcznym wypowiedzeniem, gdy uzasadniony wzrost wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadkach zmian określonych w art.

436 pkt 4 ppkt b) ustawy byłby zbyt wysoki dla Zamawiającego.”). Wniosków wynikających z tego orzeczenia nie sposób przełożyć na kanwę niniejszej sprawy.

Dodać należy, iż również w odniesieniu do § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy stanowisko Odwołującego należy uznać za niekonsekwentne, dąży on bowiem z jednej strony do wyeliminowania uprawnienia Zamawiającego do wypowiedzenia umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia w sytuacji wskazanej w § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, a z drugiej strony proponuje wprowadzenie możliwości wypowiedzenia umowy przez którąkolwiek ze stron z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, czyli sytuacja wykonawcy – z perspektywy oceny ryzyka związanego z możliwością rozwiązania umowy – się nie zmienia. Wręcz można by stwierdzić, że ulega pogorszeniu, ponieważ przy obecnym kształcie postanowień umownych Zamawiający może wypowiedzieć umowę wyłącznie w ściśle określonych przypadkach, podczas gdy przy wprowadzeniu regulacji proponowanej przez Odwołującego mógłby to zrobić w każdym czasie, z każdego powodu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, czyli sytuacja albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. Zgodnie z § 7 ust. 6 koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.

Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie czterech z dwunastu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 1/3 (zarzuty nr 1, 3 – w części, 7 i 13 – w części) i bezzasadne w zakresie ośmiu z dwunastu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 2/3 (zarzuty nr 4-6, 8-10, 12 i 14, w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego w ww. proporcji. Zarzuty nr 2 i 11 w zakresie których postępowanie umorzono w całości, nie były brane pod uwagę przy stosunkowym rozliczeniu kosztów.

Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od

odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 083 zł 51 gr poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 562 zł 00 gr stanowiącą 1/3 kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Sygn. akt KIO 561/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- art. 16 - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie

zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

- art. 17 ust. 1 - Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów

- art. 99 ust. 1 - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i

wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- art. 99 ust. 2 - Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót

72 budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

- Art. 112 ust. 1 - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności

wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- art. 116 ust. 1 - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

- Art. 240 ust. 1 - Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny

i zrozumiały.

- art. 241 ust. 1 - Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

- Art. 241 ust. 2 - Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

- art. 431 - Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "umową", w celu należytej realizacji zamówienia.

- art. 433 pkt. 3 - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać

odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

- art. 433 pkt. 4 - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

- art. 455 ust. 1 pkt 1 - Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile

została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian,

b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

oraz przepisów Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp:

- art. 5 - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
- art. 58 § 1 - Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.
- art. 58 § 3 - Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.
- art. 353(1) - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.
- art. 483 § 1 - Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
- art. 484 § 1 - W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.
- art. 484 § 2 - jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Zarzut nr 1

Izba za zasadny uznała zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez określenie w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ warunku udziału w postępowaniu w dokumentach zamówienia dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, który to warunek w wyżej

wskazany zakresie w jakim przewiduje wymóg wykonania usługi kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w konkretnych oddziałach jest nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu), trwającą co najmniej 12 miesięcy, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto.

Powyższy warunek musi być spełniony w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuszcza łączenia usług celem wykazania spełniania powyższego warunku poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów.”

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach modyfikacji dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo datowane na 16 lutego 2024 r.) nieznacznie zmienił treść ww. warunku na poniższą:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę, która polega na świadczeniu usług utrzymania czystości oraz usług pomocniczych

przy pacjencie, na rzecz szpitala wielospecjalistycznego o powierzchni co najmniej 48 000,00 m<sup>2</sup> oraz mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii

interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu), trwającą co najmniej 12 miesięcy, której wartość wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto.

Powyższy warunek musi być spełniony w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuszcza łączenia usług celem wykazania spełnienia powyższego warunku poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów."

Izba stwierdziła, iż powyższa modyfikacja SWZ stanowiła jedynie zmianę kosmetyczną, polegającą na zastąpieniu w opisie oddziałów, jakie posiadać miał szpital, którego dotyczy referencyjne doświadczenie, sformułowania „oddział neonatologii z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem” następującym: „oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem.” Powyższa zmiana nastąpiła na skutek pytania jednego z wykonawców, który zwrócił Zamawiającemu uwagę, iż z informacji wynikających z Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą wynika, że Zamawiający nie dysponuje, w tym na oddziale neonatologii, łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem. Zamawiający wyjaśnił, iż dokonał w tym zakresie zmiany SWZ, zaś w Księdze Rejestrowej (RPWDL) w poz. 24 zarejestrowana jest sala intensywnej terapii medycznej noworodka z liczbą łóżek 6. W ocenie Izby wprowadzenie ww. modyfikacji w opisie warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na istotę sporu, który pozostawał aktualny i dotyczył tego, że Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia w zakresie dotyczącym oddziałów szpitalnych i stanowi warunek nadmierny i nieproporcjonalny. Dlatego też Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji SWZ, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został ustalony z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności.

Jak stanowi art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z powyższej regulacji wprost wynika, iż swoboda określania warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego doznaje istotnego ograniczenia: warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i dotyczyć zdolności niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający musi także mieć na uwadze, iż warunki udziału w postępowaniu mają charakteryzować minimalny poziom zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Ustalając takie warunki zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. Nie mogą być one sformułowane w sposób nadmierny, prowadzący do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania. Jak podkreśla się w orzecznictwie, art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie - w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 września 2022 r., sygn. akt KIO 2390/22). Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 13 października 2021 r., zgodnie z zasadą proporcjonalności opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Podobnie w wyroku z dnia 7 marca 2023 r., sygn. akt KIO 455/23, stwierdzono, że zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE, m.in. w wyroku z 23 grudnia 2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano (ECLI:EU:C: 2009:808), w którym wskazano, że przy określaniu, czy 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.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Izba uznała, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określony w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ był nieproporcjonalny i ograniczał wykonawcom dostęp do zamówienia w sposób nieuzasadniony. Izba stwierdziła, iż w świetle treści ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca chcący ubiegać się o zamówienie musi

legitymować się doświadczeniem w wykonaniu (wykonywaniu) w okresie ostatnich trzech lat od upływu terminu składania ofert usługi:

- e) obejmującej swoim zakresem usługi utrzymania czystości oraz usługi pomocnicze przy pacjencie,
- f) trwającej co najmniej 12 miesięcy,
- g) o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł. brutto,
- h) wykonanej (wykonywanej) na rzecz szpitala o ściśle określonej charakterystyce:
  - wielospecjalistycznego,
  - o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>,
  - mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów,
  - posiadającego co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co

najmniej 9 łóżkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łóżkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu),

Wszystkie wyżej opisane wymagania musiały być spełnione kumulatywnie, w ramach jednej usługi. Zamawiający nie dopuścił łączenia usług poprzez sumowanie ich poszczególnych elementów m.in.: wartości, czasu trwania powierzchni, oddziałów.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż ww. warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób nadmierny z uwagi na wymaganie, aby usługa referencyjna wykonywana była w szpitalu posiadającym co najmniej konkretne, wskazane w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ oddziały. Nie było sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania odwoławczego to, że lista oddziałów zawarta w warunku udziału w postępowaniu odpowiadała w znacznej mierze strukturze oddziałów funkcjonujących w szpitalu Zamawiającego. W tym kontekście należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu co do zasady nie powinny być tożsame z przedmiotem zamówienia (czy jak w niniejszym przypadku – niemal identyczne), ale mają pozostawać w odpowiedniej proporcji do przedmiotu zamówienia, jako że służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W ocenie Izby już w oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego można stwierdzić, że nie tylko wykonawca, który realizował usługi utrzymania czystości i usługi pomocnicze przy pacjencie w szpitalu o strukturze oddziałów i liczbie łóżek

identycznej jak u Zamawiającego, będzie wykonawcą zdolnym do należytej realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał uzasadnienia dla określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób przez siebie narzucony, w szczególności nie wykazał, aby w zależności od rodzaju oddziału, usługi utrzymania czystości i usługi pomocnicze przy pacjencie różniły się co do zakresu czy poziomu skomplikowania. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jedynie wskazał, że jego struktura oddziałów jest szersza niż określona w warunku udziału w postępowaniu, a zapewnienie świadczenia usługi na wysokim poziomie oraz bezpieczeństwo pacjentów wymaga szczególnego doświadczenia firmy sprzątajacej. Tego rodzaju hasłowe twierdzenie nie stanowi żadnego uzasadnienia dla wymagania, aby usługa referencyjna była wykonywana w szpitalu posiadającym ściśle określone oddziały. Słusznie też podnosił Odwołujący, że w opisie przedmiotu zamówienia brak jest postanowień różnicujących zakres usług w zależności od struktury czy rodzaju oddziałów, lecz wskazuje się tam zbiorczo na określone strefy czystości. Zamawiający ponadto nie wyjaśnił dlaczego legitymowanie się doświadczeniem w realizacji usług utrzymania czystości i usług pomocniczych przy pacjencie w szpitalu wielospecjalistycznym o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>, mieszczącego nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów, do tego trwających co najmniej 12 miesięcy i o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł brutto, nie gwarantowałyby należytego poziomu usług będących przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby już sama charakterystyka szpitala, w którym świadczona ma być usługa referencyjna, pozwala stwierdzić, że będzie to duży szpital o zróżnicowanej strukturze oddziałów (o różnych specjalizacjach). Siłą rzeczy każdy szpital wielospecjalistyczny ze względu na swoją funkcję charakteryzował się będzie różnorodną strukturą oddziałów, a Zamawiający dodatkowo wymaga by był to szpital o powierzchni co najmniej 48 000 m<sup>2</sup>, mieszczący nie mniej niż 500 łóżek dla pacjentów. Zamawiający nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, które w jakikolwiek sposób podważałyby zdolność wykonawcy, który posiada doświadczenie w świadczeniu takiej usługi, do realizacji przedmiotowego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odnosząc się natomiast do dowodów złożonych przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care (ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniach prowadzonych przez Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o. (553197-2022), Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy (652421-2023), Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku (340399-2023) – dowody złożone w sprawie KIO 545/24, na które Przystępujący powołał się także w sprawie o sygn. akt KIO 561/24), Izba stwierdziła, iż co prawda w ww. postępowaniach ukształtowano warunki udziału z wyszczególnieniem oddziałów, jakie posiadać powinien szpital, w którym świadczone usługę referencyjną,

niemniej warunki te były inne niż obecnie, tj. katalog oddziałów ograniczono tylko do kilku oddziałów (od jednego do czterech), do tego były to oddziały powszechnie występujące w szpitalach, takie jak sala operacyjna, SOR, intensywna terapia czy blok porodowy. Odwołujący IZAN+ złożył natomiast podczas rozprawy zestawienie, z którego wynikało, iż szereg szpitali nie definiuje warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu usługi utrzymania

czystości i usług pomocniczych przy pacjencie poprzez odesłanie do oddziałów występujących w szpitalu, którego dotyczą usługi referencyjne. Niezależenie od powyższego Izba wskazuje, iż ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający tego nie wykazał.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż ani Zamawiający, ani Uczestnik przystępujący po jego stronie, nie wykazali, iż na terenie kraju istnieje inny szpital o zakresie działalności (strukturze oddziałów) identycznym z opisanym w treści kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnych twierdzeń ani dowodów, a dowody złożone przez Przystępującego Konsorcjum Ever Medical Care do powyższej kwestii się nie odnoszą. Natomiast Odwołujący i Uczestnicy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po jego stronie, złożyli szereg analiz, zestawień i dowodów (Odwołujący IZAN+: zestawienie warunków udziału w postępowaniach prowadzonych przez: Szpital Uniwersytecki nr 1 w Bydgoszczy (nr postępowania NLZ.2022.271.116b) wraz z wykazem klinik (oddziałów), uniwersyteckie centrum kliniczne w Gdańsku (nr 36/PN/2023), Wojewódzki Szpital Zespolony w Toruniu (W.Sz.Z:TZ-280-59/23) wraz z wykazami oddziałów oraz specyfikacjami warunków zamówienia; Przystępujący Optima: analiza sporządzona przez Przystępującego Optima w zakresie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ; Przystępujący DGP: zestawienie dotyczące struktury 16 szpitali w Polsce), obrazujących, że inne duże podmioty wykonujące działalność leczniczą nie posiadają wszystkich wymaganych oddziałów, jak wyszczególniono w treści warunku.

W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie przesądza zatem o tym, że sporny warunek udziału w postępowaniu w takim kształcie jak ustalony w SWZ, obejmujący ścisły wykaz oddziałów (dodatkowo ze wskazaniem w niektórych przypadkach liczby łóżek na danym oddziale), jakie posiadać powinien szpital, w którym zrealizowano usługę referencyjną, może spełnić wyłącznie podmiot świadczący usługi na rzecz Zamawiającego. Okoliczność ta wprost wskazuje na ograniczenie konkurencji, zwłaszcza jeśli weźmie się pod

uwagę fakt, że Zamawiający nie dopuścił możliwości sumowania poszczególnych elementów usługi. Izba podkreśla ponownie, iż sam fakt, że określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji takiego samego przedsięwzięcia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą niezasadnie utrudniać konkurencji na rynku (tak m.in. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 224/23). W realiach niniejszej sprawy do takiego nieuzasadnionego utrudnienia doszło.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ nie określa minimalnego poziomu zdolności i prowadzi do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. a) SWZ wymagania, aby szpital wielospecjalistyczny, którego dotyczyć ma referencyjne doświadczenie, posiadał co najmniej następujące oddziały: oddział intensywnej terapii z co najmniej 9 łózkami intensywnej opieki medycznej, oddział neonatologii, sala intensywnej terapii medycznej noworodka z co najmniej 5 łózkami intensywnej terapii nad noworodkiem, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział pediatriczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny, w którym to szpitalu mieści się co najmniej 9 sal operacyjnych (suma sal operacyjnych w szpitalu) oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

## Zarzut nr 2

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp odnoszący się do warunków udziału w postępowaniu z Rozdziału II punkt 2.1.4) lit. e-g) SWZ.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. e)-g) SWZ postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„e) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 9001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedycznych;

Prowadzenia magazynów białiny czystej i brudnej oraz transportu białiny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

f) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 45001:2018 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedycznych; Prowadzenia magazynów białiny czystej i brudnej oraz transportu białiny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia

depozytu/magazynu odzieży pacjentów.

g) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że posiada Certyfikat 14001:2015 w zakresie: usług utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedycechnych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia; Dekontaminacji i fumigacji pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia; Usługi transportu wewnętrznego na potrzeby Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Wykonywanie czynności pomocniczych na potrzeby obsługi pacjentów Szpitali/ obiektów ochrony zdrowia; Dekontaminacji narzędzi, sprzętu i innych wyrobów medycznych. Transportu wewnątrzszpitalnego odpadów medycznych i niemedycechnych; Prowadzenia magazynów białizny czystej i brudnej oraz transportu białizny czystej/brudnej. Transportu zwłok do prosektorium. Prowadzenia depozytu/magazynu odzieży pacjentów."

Odwolujący wskazywał na naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp, które dostrzegał w dwóch aspektach: po pierwsze przez zastrzeżenie w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga aby Certyfikaty: ISO 9001:2015, 45001:2018, 14001:2015 obejmowały czynności: - dekontaminacja i fumigacja pomieszczeń w Szpitalach i obiektach ochrony zdrowia, -prowadzenie magazynów białizny czystej i brudnej - prowadzenie depozytu/magazynu odzieży pacjentów, które to czynności są czynnościami okresowymi o niewielkim znaczeniu z punktu widzenia przedmiotu zamówienia a zatem wymóg ten jest nadmierny i nieproporcjonalny, a po drugie przez zastrzeżenie w warunku udziału w postępowaniu żądania ISO 9001:2015 z zakresem certyfikacji takim samym jakim legitymuje się dotychczasowym wykonawcą usługi Ever Cleaning sp. z o.o., co w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje tego wykonawcę, a tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdziła, iż w odróżnieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 545/24 (zarzut nr 6) Odwołujący nie kwestionował wymagania dotyczącego posiadania przez wykonawcę określonych certyfikatów ISO jako wymagania uzasadnionego. Odwołujący

jedynie wskazywał na konkretny zakres certyfikacji, opisany w treści zaskarżonych warunków udziału w postępowaniu, który w jego ocenie jest nadmierny. W ocenie Izby w odwołaniu nie znalazła się jednak rzeczowa argumentacja odnosząca się właśnie do tego zakresu, który Odwołujący domagał się wykreślić z treści warunku. Odwołujący wskazał jedynie hasłowo, iż czynności takie jak dekontaminacja i fumigacja pomieszczeń w szpitalach i obiektach ochrony zdrowia, prowadzenie magazynów białizny czystej i brudnej oraz prowadzenie depozytu/magazynu odzieży pacjentów, są to jedne z wielu czynności wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia, co nie jest w ocenie Izby wystarczające do uznania zasadności zarzutu. Sam fakt, że są to jedne z wielu czynności objętych zakresem odwołania nie uzasadnia nieproporcjonalności warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie odniósł się szerzej ani do kwestii istotności tych czynności (a w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że istotną czynnością jest m.in. dekontaminacja pomieszczeń), ani do ich częstotliwości. Przedstawił jedynie swoją opinię, niepopartą konstruktywną argumentacją.

Odwolujący wskazał ponadto, iż zakres certyfikacji ISO 9001:2015 określony w SWZ, jest identyczny z zakresem certyfikatu posiadanego przez wykonawcę obecnie realizującego usług. Okoliczność ta jednak sama w sobie nie przesądza jeszcze o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, jeżeli to właśnie tego rodzaju zakres certyfikacji jest uzasadniony przedmiotem zamówienia. Nie sposób wywieść też z tego faktu automatycznie naruszenia zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej, że powyższe odnosi się jedynie do jednego z wymaganych certyfikatów. Nie zostało w żaden sposób wykazane, że inni wykonawcy nie są w stanie uzyskać przedmiotowych certyfikatów w wymaganym w treści warunków udziału zakresie. Nie było sporne w sprawie, że zakres certyfikacji jest pochodną tego, jak zdefiniuje go wykonawca we wniosku. W treści odwołania nie przedstawiono twierdzeń, które wskazywałyby, że w uzyskanie certyfikatów ISO w zakresie wymaganym przez Zamawiającego jest niemożliwe czy w jakimś stopniu utrudnione, nie złożono też dowodów. Okoliczność taka została przez Odwołującego zasygnalizowana dopiero na rozprawie, co jednak w ocenie Izby było działaniem spóźnionym. Izba orzekając związana jest podstawami faktycznymi zarzutów wyartykułowanymi w odwołaniu, a rozszerzanie tych podstaw na późniejszym etapie jest niedopuszczalne.

### Zarzut nr 3

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,

polegającego na wykazaniu się co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL, w sytuacji gdy warunek ten jest nadmierny, nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale II punkt 2.1.4) lit. d) ppkt iv) SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: iv) co najmniej 3 osobami, z których każda posiada certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu STENTINEL ROOM 20 firmy UnitedMed oraz NOCOSPRAY2 OXY PHARM AIRL firmy GREENPOL.”

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach modyfikacji dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo datowane na 16 lutego 2024 r.) zmienił treść ww. warunku na poniższą: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej poniżej wskazanymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia: iv) co najmniej 3 osobami przeszkolonymi do obsługi aparatów do dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu z użyciem nadtlenu wodoru, z których każda posiada

certyfikat/zaświadczenie potwierdzające przeszkolenie upoważniające do obsługi aparatu SENTINEL ROOM firmy UnitedMed."

Analogicznie jak w sprawie o sygn. akt KIO 545/24 (zarzut nr 4) Izba stwierdziła, iż wprowadzenie ww. modyfikacji w opisie warunku udziału w postępowaniu pozostawało bez wpływu na istotę sporu, który pozostawał aktualny i dotyczył tego, że Zamawiający wymagał legitymowania się potencjałem kadrowym posiadającym certyfikaty/zaświadczenia upoważniające do obsługi określonych urządzeń (po modyfikacji – urządzenia SENTINEL ROOM firmy UnitedMed), podczas gdy Odwołujący wskazywał, że dekontaminacja to jedna z wielu czynności objętych przedmiotem zamówienia, wobec czego taki warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny, nieproporcjonalny. Dlatego też Izba rozpoznała przedmiotowy zarzut z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba przede wszystkim zwraca uwagę na lakoniczność i hasłowość przedstawionej w odwołaniu argumentacji. W treści uzasadnienia zarzutu Odwołujący jedynie przywołał postanowienia SWZ oraz wyraził swoją opinię, że wymaganie posiadania przeszkolenia z obsługi aparatu jest nadmierne i nieuzasadnione przedmiotem zamówienia albowiem usługa dekontaminacji to jedna z wielu czynności wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien, obejmować warunkiem udziału szkolenia pracowników na pojedyncze czynności 84

objętej przedmiotem zamówienia, a ten sam efekt można osiągnąć poprzez skierowanie do wykonania usługi osób, które mają doświadczenie w realizacji czynności dekontaminacji. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego była niepełna, a w szczególności pomijała okoliczność, że usługa dekontaminacji pomieszczeń mimo, że jest jedną z wielu czynności objętych zakresem zamówienia, to jest czynnością niezwykle istotną dla prawidłowego funkcjonowania szpitala. Jej wagę podkreśla chociażby fakt, że proces dekontaminacji musi być przeprowadzany zgodnie ze ściśle ustaloną procedurą, która stanowi załącznik nr 5 do wzoru umowy.

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska Odwołującego, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny do przedmiotu zamówienia. W odwołaniu nie przedstawiono konkretnej analizy wymagań wynikających z dokumentów zamówienia w tym zakresie. Tymczasem należy wskazać, że zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SWZ – Zakres prac „Firma świadcząca usługę sprzątania zobowiązuje się do obsługi urządzeń do dekontaminacji pomieszczeń będących na wyposażeniu szpitala oraz wszystkich urządzeń do dekontaminacji pomieszczeń, w które zostanie zaopatrzony szpital w trakcie trwania umowy.” Nie było w sprawie sporne to, że Zamawiający posiada na stanie urządzenia do dekontaminacji SENTINEL ROOM firmy UnitedMed – jak wyjaśnił podczas rozprawy dysponuje on siedmioma takimi urządzeniami. Wykonawca będzie zatem realizował usługi z użyciem ww. sprzętu Zamawiającego, co uzasadnia wymóg, aby wykonawca dysponował osobami mającymi wiedzę o obsłudze takiego sprzętu. W ocenie Izby nie jest niczym zaskakującym, że Zamawiający dysponując kosztownym sprzętem, który ma być używany do dekontaminacji, oczekuje, aby przynajmniej osoby nadzorujące proces dekontaminacji posiadały stosowne zaświadczenie, że odbyły szkolenie z jego obsługi. Dodatkowo Izba wskazuje, iż z załącznika nr 5 do umowy - Procedura dekontaminacji pomieszczeń i sprzętu przy użyciu urządzeń do dekontaminacji wprost wynika, iż cały proces dekontaminacji musi być wykonywany, monitorowany i nadzorowany przez pracownika posiadającego certyfikat w zakresie obsługi urządzeń. Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu znajduje zatem uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił też żadnych twierdzeń ani dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, że zdobycie stosownego zaświadczenia dotyczącego obsługi urządzeń posiadanych przez Zamawiającego przez 3 osoby spośród minimum 160 osób skierowanych do realizacji zamówienia jest niemożliwe czy w jakikolwiek sposób utrudnione. Argumentacja zawarta w odwołaniu, która sprowadzała się do stwierdzenia, że dekontaminacja jest zwykłą czynnością, jedną z wielu wykonywanych w ramach zamówienia, nie jest wystarczająca dla uznania, że przedmiotowy warunek narusza przepisy ustawy Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż jeżeli Odwołujący uważał, że ten sam efekt można osiągnąć poprzez skierowanie do

wykonania usługi osób, które mają doświadczenie w realizacji czynności dekontaminacji, to powinien odpowiednio z tym skorelować postawione żądanie, a nie domagać się jedynie wykreślenia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu.

#### Zarzut nr 4

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez opisanie kryteriów oceny ofert „Posiadane certyfikaty” w sposób nadmierny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XII SWZ zawarł opis kryteriów oceny ofert. Zgodnie z punktem 2 tego rozdziału Zamawiający będzie ocenił oferty na podstawie: 1) Kryterium (C) - Cena brutto oferty – 60%, 2) Kryterium (X) – Dostępność – 5 %, 3) Kryterium (Y) – Posiadane certyfikaty – 35%. Odnosnie Kryterium „Posiadane certyfikaty” w SWZ wskazano:

„Kryterium Nr 3 „Posiadane Certyfikaty” (Y) – w ramach kryterium oceniane będzie posiadanie certyfikatów/zaświadczeń dotyczących przeszkolenia min. 2 osób na każde z poniżej wymienionych urządzeń tj. angiograf, tomograf, rezonans skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania czystości. Punkty w kryterium zostaną przyznane zgodnie z zasadami wynikającymi z poniższej tabeli:

|  |
|--|
|  |
|--|

| Lp. | Posiadane certyfikaty/zaświadczenia                                  | Liczba punktów |
|-----|----------------------------------------------------------------------|----------------|
| 1.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Angiografu firmy Canon Medical Systems | 12,50 pkt      |
| 2.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Tomografu firmy GE Healthcare          | 12,50 pkt      |
| 3.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. rezonansu firmy Philips                | 10,00 pkt      |

\*Do każdego urządzenia muszą być przeszkolone min. 2 osoby, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby 1 osoba miała certyfikat/zaświadczenie wystawione na więcej niż jedno urządzenie.

#### UWAGI DOT. KRYTERIUM NR 3:

W celu uzyskania punktów w w/w kryterium oceny ofert, Wykonawca wraz z ofertą składa środek dowodowy w postaci Certyfikatu/zaświadczenia dla min. 2 osób na każde z powyżej wymienionych urządzeń skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania czystości, wystawiony przez Producenta lub autoryzowany podmiot Producenta. Dokumenty te w ramach kryterium oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu. W przypadku nieprzedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów Wykonawca otrzyma 0,00 pkt.

Wykonawca w kryterium może uzyskać maksymalnie 35,00 pkt.”

Izba ustaliła ponadto, iż w ramach modyfikacji SWZ dokonanych w dniu 20 lutego 2024 r. (pismo z 16 lutego 2024 r.) Zamawiający nieznacznie zmienił brzmienie opisu kryterium „Posiadane certyfikaty” na następujące:

„Kryterium Nr 3 „Posiadane Certyfikaty” (Y) – w ramach kryterium oceniane będzie posiadanie certyfikatów/zaświadczeń dotyczących przeszkolenia min. 2 osób na każde z poniżej wymienionych urządzeń tj. angiograf, tomograf, rezonans, realizujących zamówienie w zakresie utrzymania czystości. Punkty w kryterium zostaną przyznane zgodnie z zasadami wynikającymi z poniższej tabeli:

| Lp. | Posiadane certyfikaty/zaświadczenia                                  | Liczba punktów |
|-----|----------------------------------------------------------------------|----------------|
| 1.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Angiografu firmy Canon Medical Systems | 12,50 pkt      |
| 2.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. Tomografu firmy GE Healthcare          | 12,50 pkt      |
| 3.  | Certyfikat/zaświadczenie dot. rezonansu firmy Philips                | 10,00 pkt      |

\*Do każdego urządzenia muszą być przeszkolone min. 2 osoby, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby 1 osoba miała certyfikat/zaświadczenie wystawione na więcej niż jedno urządzenie.

#### UWAGI DOT. KRYTERIUM NR 3:

„W celu uzyskania punktów w w/w kryterium oceny ofert, Wykonawca wraz z ofertą składa środek dowodowy w postaci Certyfikatu/zaświadczenia dla min. 2 osób na każde z powyżej wymienionych urządzeń, realizujących zamówienie w zakresie utrzymania czystości, wystawiony przez Producenta lub autoryzowany podmiot Producenta. Dokumenty te w ramach kryterium oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu. W przypadku nieprzedłożenia wraz z ofertą ww. dokumentów Wykonawca otrzyma 0,00 pkt.”

Wykonawca w kryterium może uzyskać maksymalnie 35,00 pkt.”

Izba stwierdziła, iż przedmiotowa zmiana pozostawała bez znaczenia dla istoty sporu i dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu.

W ocenie Izby tak sformułowane kryterium oceny ofert narusza przepisy ustawy Pzp, prowadząc w efekcie do zaburzenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, ocena, czy dane kryterium jest zgodne z ustawą, musi być dokonana wszechstronnie, w tym z uwzględnieniem zakazu ograniczania konkurencji i wprowadzania nieuzasadnionych preferencji dla określonych wykonawców. Celem wprowadzenia pozacenowych kryteriów oceny ofert co do zasady winno być 87

uzyskanie przez zamawiających świadczenia o możliwie najwyższej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę, czyli realizacja szeroko pojętej zasady efektywności zakupów finansowych ze środków publicznych. Weryfikacja kryteriów pozacenowych dotyczy zawsze konkretnego postępowania i konkretnych potrzeb i celów zamawiającego, jakie zostały przyjęte na etapie doboru takich kryteriów i które to cele i potrzeby mają zostać zrealizowane w ramach wdrożenia takich pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku, pod warunkiem, że instytucja zamawiająca wykaże rzeczywiste i uzasadnione potrzeby, jakie mają być zrealizowane poprzez przyjęcie takich a nie innych kryteriów oceny ofert. Bez szczegółowej identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jaką otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Istotne jest przy tym również to, aby waga danego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości była określona w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem obiektywnie zidentyfikowanych korzyści jakie zamawiający uzyska poprzez jego wprowadzenie. Przypisanie wagi poszczególnym kryterium jakościowym nie może w sposób niezasadny i dyskryminacyjny pośrednio czy bezpośrednio preferować określonego

wykonawcy czy określonego rozwiązania (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1128/22). Tak więc Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności. Kryteria pozacenowe muszą być jednoznaczne, obiektywne i stanowić gwarancję możliwości konkurowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający ustalił pozacenowe kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” jako kryterium o bardzo dużej wadze (35%), a zatem mające istotny wpływ na końcową ocenę ofert. Tymczasem w oparciu o treść dokumentów zamówienia trudno w ogóle zidentyfikować taki związek tego kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia, który uzasadniałby jego wprowadzenie, a do tego jego adekwatność do skali i zakresu zamówienia. Po pierwsze już sam opis kryterium jest w ocenie lzby niejednoznaczny - Zamawiający wymagał posiadania przez min. 2 osoby realizujące usługi utrzymania czystości certyfikatu/zaświadczenia na każde z wymienionych urządzeń (odpowiednio angiograf firmy Canon Medical Systems, tomograf firmy GE Healthcare, rezonans firmy Philips), wystawionego przez producenta lub autoryzowany podmiot producenta, jednak z opisu kryterium nie wynika nawet czego konkretnie ten dokument miałby dotyczyć, tj. przeszkolenie z jakiego obszaru miałby on potwierdzać – czy na przykład z obsługi urządzenia, czy z serwisowania urządzenia, czy z utrzymania czystości

urządzenia, czy może jeszcze jakiegoś innego aspektu. Zamawiający podczas rozprawy wskazał, iż ma to być „certyfikat z obsługi urządzenia” niemniej nie wynika to z opisu kryterium, gdzie wskazano na posiadanie „certyfikatu na urządzenie.”

Po drugie, z treści dokumentów zamówienia nie wynikają żadne obowiązki wykonawcy z zakresu obsługi tych urządzeń czy ich serwisowania ani żadne szczegółowe obowiązki wykonawcy w zakresie utrzymania czystości tych właśnie sprzętów. W SWZ nie zawarto w tym zakresie żadnych wytycznych poza wskazaniem na konieczność „sprzątania, mycia i dezynfekcji wyposażenia i sprzętu znajdującego się w komórkach organizacyjnych Szpitala.” Jeśli Zamawiający uważał, że nie może sobie pozwolić na awarię czy zniszczenie wymienionych w opisie kryterium urządzeń, które są urządzeniami wysokiej klasy oraz wartości, to powinien w opisie przedmiotu zamówienia wymienić te urządzenia oraz określić konkretne wymagania związane z ich utrzymaniem, w tym na przykład wskazać na konieczność stosowania się do określonych instrukcji czy wymagań gwarancyjnych nałożonych przez producenta. Tymczasem Zamawiający nie przewidział nawet postanowień, z których wynikałoby, że osoba wskazana w ramach kryteriów oceny ofert jako posiadająca wymagany certyfikat/zaświadczenie, ma w ogóle nadzorować czy wykonywać usługi utrzymania czystości urządzenia, którego ten dokument dotyczy. Powoływane przez Zamawiającego podczas rozprawy wymagania w zakresie serwisowania przedmiotowych urządzeń mające wynikać z warunków gwarancyjnych nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie nałożył na wykonawców w opisie przedmiotu zamówienia żadnych konkretnych obowiązków. Ponadto złożone przez Zamawiającego w tym zakresie dowody (karta gwarancyjna i warunki serwisu gwarancyjnego) nie wskazują na jakieś szczególne obowiązki związane konkretnie z utrzymaniem czystości tych urządzeń. Z kolei przedstawiona jako dowód fotografia sali operacyjnej stanowi co najwyżej dowód tego, że Zamawiający posiada specjalistyczny sprzęt, co jednak stanowi okoliczność bezsporną.

Lzba wskazuje również, iż postępowanie odwoławcze wykazało, że uzyskanie certyfikatu/zaświadczenia na wymienione urządzenia (angiograf, tomograf, rezonans) wystawionego przez producenta lub autoryzowany podmiot producenta jest istotnie utrudnione. Odwołujący złożył w tym zakresie m.in. wydruki korespondencji mailowej kierowanej do TMS sp. z o.o. (autoryzowanego dystrybutora sprzętu firmy Canon) z dnia 12 lutego 2024 r., 30 listopada 2023 r., 17-18 listopada 2023 r. oraz pismo Odwołującego z dnia 7 marca 2024 r. skierowane do tego podmiotu, zawierające wnioski o przeprowadzenie szkoleń, które nie spotkały się z odpowiedzią. Również Przystępujący Optima przedstawił wydruki korespondencji mailowych dotyczących szkoleń z zakresu utrzymania tomografu, angiografu i rezonansu. Ani Zamawiający, ani Uczestnik przystępujący po jego stronie, nie przedstawili żadnych twierdzeń i dowodów, które wykazywałyby, że uzyskanie

certyfikatów/zaświadczeń dotyczących urządzeń wskazanych w spornym kryterium oceny ofert przez wykonawców działających na rynku usług utrzymania czystości w placówkach medycznych jest możliwe.

Co więcej, Zamawiający ma świadomość istnienia po stronie innych niż obecny wykonawców trudności w uzyskaniu tego rodzaju zaświadczeń/certyfikatów. Podczas rozprawy w dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający wprost stwierdził, iż uzyskał od firmy szkoleniowej odpowiedź, że „trudno jest szkolić pracownika na sprzęcie, który jest dedykowany dla szpitala”. Zamawiający potwierdził, że każde z urządzeń, których dotyczy pozacenowe kryterium oceny ofert jest dedykowanym, dostosowanym do potrzeb Szpitala urządzeniem. Ponadto na pytanie lzby jak wykonawcy mają uzyskać punktowane certyfikaty skoro „trudno jest szkolić pracownika na sprzęcie, który jest dedykowany dla szpitala”, Zamawiający odpowiedział, że wykonawcy „w momencie kiedy będą wykonywać [usługę] takie certyfikaty mogą uzyskać.” Tym samym Zamawiający zdaje sobie sprawę, że przedmiotowe certyfikaty wykonawca może co do zasady uzyskać dopiero realizując na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania czystości, a mimo tego premiuje fakt posiadania takich certyfikatów w kryteriach oceny ofert, wiedząc, że posiada je tylko dotychczasowy wykonawca, na którym Zamawiający (cyt.) „wymógł certyfikację” i której przekazał ok. pół roku temu obowiązki, jakie wcześniej wykonywała firma serwisowa.

W ocenie lzby powyższe jednoznacznie wskazuje, iż kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” nie stanowi obiektywnej gwarancji możliwości konkurowania wykonawców, lecz premiuje w sposób nieuzasadniony (a do tego istotny - waga 35%) wykonawcę aktualnie świadczącego na rzecz Zamawiającego usługi, który rzeczne certyfikaty pozyskał niedawno, przechodząc szkolenie na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż lzba nie neguje tego, że wymóg przeszkolenia pracowników z zakresu utrzymania czystości czy obsługi serwisowej urządzeń takich jak tomograf, rezonans czy angiograf mógłby być uzasadniony, chociażby z uwagi na znaczenie i wartość tych urządzeń. Niemniej jeśli Zamawiający dostrzega taką

potrzebę, to mając na uwadze okoliczność, że sprzęt posiadany przez Zamawiającego jest sprzętem dedykowanym i aby szkolenie było efektywne winno być przeprowadzone na tym właśnie sprzęcie, to powinien taki obowiązek przewidzieć w opisie przedmiotu zamówienia i umożliwić przeszkolenie pracowników wykonawcy na wstępnym etapie realizacji umowy na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego, a nie premiować posiadanie trudnego do pozyskania zaświadczenia jako kryterium oceny ofert, w dodatku o wadze istotnie wpływającej na ocenę ofert.

W konsekwencji Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu wykreślenie kryterium oceny ofert „Posiadane certyfikaty” określonego 90

w Rozdziale XII punkt 2.3) SWZ oraz dokonanie odpowiednich zmian w tym zakresie w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Natomiast Izba nie nakazała Zamawiającemu wprowadzenia w to miejsce innych pozacenowych kryteriów oceny ofert proponowanych w toku postępowania odwoławczego, ponieważ ustalenie nowych kryteriów i ich wagi pozostaje w gestii Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia. Izba nie może zastępować Zamawiającego w tym działaniu. Wobec nowo wprowadzonych postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert wykonawcom przysługują będąc odrębne środki ochrony prawnej.

#### Zarzut nr 5

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 oraz art. 5 w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców kar umownych za uchybienia przy świadczeniu umowy oraz niedostarczenie wykazu osób.

Izba ustaliła, iż Odwołujący objął zakresem zaskarżenia treść § 8 ust. 1 wzoru umowy: „Zamawiający ma prawo naliczyć i pobrać od Wykonawcy kary umowne jeżeli Wykonawca nie świadczy usługi przez okres dłuższy niż 2 godziny lub jeśli zaniecha czynności, która stworzy sytuację zagrożenia zdrowia, życia pacjentów – w wysokości 20 000 zł. za każdy stwierdzony przypadek np. brak pracownika na zmianie, brak zastępstwa – opóźnienie powyżej 1 godz. od rozpoczęcia zmiany, zaniechanie dekontaminacji pomieszczeń, ciągów komunikacyjnych itp. w sytuacji zagrożenia epidemiologicznego.” oraz § 1 ust. 12 wzoru umowy: „Wykonawca (Podwykonawca) zobowiązany jest do przedłożenia w dniu podpisania umowy z Zamawiającym listy wraz z podpisanymi umowami o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na „usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe” - jeżeli jest on znany już na etapie zawarcia umowy (lub jeżeli nie jest znany to na etapie przedstawienia kopii podpisanej z nim umowy) zawarł umowę o pracę z osobami wykonującymi usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe na podstawie Kodeksu pracy art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465). Lista osób musi zawierać następujące informacje: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, zakres 91

wykonywanych czynności, rodzaj umowy o pracę, wymiar etatu. Nie przedłożenie przez Wykonawcę ww. listy osób oraz umów o pracę w terminie wskazanym przez Zamawiającego, będzie traktowane jako nienależyte wykonanie umowy polegające na niewypełnieniu obowiązku zatrudnienia pracowników wykonujących usługi na podstawie umowy o pracę i w związku z tym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto umowy, o której mowa w § 7 ust. 1 umowy.”

Argumentacja zawarta w uzasadnieniu zarzutu była hasłowa i sprowadzała się do wskazania, iż zastrzeżone kary umowne są rażąco wygórowane, nieprzejrzyste, a także naruszają zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż nie każdy Wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu może narażać swoją sytuację ekonomiczną, gdyż z tytułu kar umownych może zostać pozbawiony znacznej części wynagrodzenia wynikającego z Umowy. Powyższe stwierdzenie jest na tyle ogólne i szablonowe, że mogłoby zostać przywołane na potrzeby każdej sprawy, w której wykonawca obejmuje zakresem zaskarżenia kary umowne. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów dlaczego ustalona wysokość kwestionowanych kar umownych jest w jego ocenie rażąco wygórowana ani jaki poziom kar byłby jego zdaniem adekwatny do opisanych sytuacji. Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił rzeczowej argumentacji, która wykazywałaby, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem przepisów stanowiących podstawę prawną zarzutu. W szczególności nie wykazał, że kwestionowane postanowienia umowne cechuje abuzywność, podczas gdy jako podstawę prawną zarzutu wskazał na art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wyjaśnił z czego konkretnie wywodzi fakt, że projektowane postanowienia umowne miałyby przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W ocenie Izby literalna treść zaskarżonych postanowień umownych na powyższe nie wskazuje. Przypomnieć należy, iż zgodnie z ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej wyrażoną w art. 471 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odwołujący nie wskazał dlaczego przedmiotowa zasada miałaby nie znajdować zastosowania w rozpoznawanym przypadku.

W ocenie Izby należy także zwrócić uwagę na sposób sformułowania przez Odwołującego żądania w zakresie zarzutu nr 5. Odwołujący nie domagał się obniżenia wysokości kar umownych, lecz wykreślenia treści § 1 ust. 12 oraz § 8 ust. 1 wzoru umowy. Podobnie Odwołujący podnosił, iż kary umowne zawarte w tych postanowieniach są niedookreślone czy dotyczą sytuacji niezawinionych przez wykonawcę, a jednocześnie nie

wnosił o ich doprecyzowanie, lecz całkowite wykreślenie. Tym samym Odwołujący w swoim żądaniu dążył nie tyle do eliminacji wskazywanych nieprawidłowości, lecz do eliminacji niekorzystnego z jego punktu widzenia postanowienia umownego. Uwzględnienie tego rodzaju żądania nie było niczym uzasadnione i prowadziło do pozbawienia Zamawiającego mechanizmu mobilizującego wykonawcę do należytej realizacji zamówienia. Izba podkreśla, iż odpowiednie sformułowanie i uzasadnienie żądań odwołania jest kluczowe w przypadku odwołań wnoszonych wobec treści dokumentów zamówienia, a postulowane do wprowadzenia zmiany powinny przede wszystkim korelować z argumentacją wskazywaną na poparcie określonego zarzutu. Przypomnieć także należy, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Rolą środków ochrony prawnej nie jest udogodnienie wykonawcom warunków realizacji zamówienia i usunięcie tych postanowień umownych, które są dla wykonawców niekorzystne czy niosą dla nich pewne ryzyka kontraktowe.

#### Zarzut nr 6

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenia art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3 w zw. art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący § 11 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy.

Izba ustaliła, iż w § 11 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy wskazano, że „Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach: 1) jeżeli Wykonawca co najmniej dwukrotnie nie wykona w całości usługi w jednym ze strategicznych miejsc szpitala tj.: oddział intensywnej terapii, oddział kardiologii interwencyjnej z pracownią hemodynamiki, oddział neurologiczny, oddział chirurgii naczyniowej, oddział neonatologiczny, oddział pediatryczny, oddział położniczo-ginekologiczny z salą cięć, oddział onkologiczny, oddział obserwacyjno-zakaźny, szpitalny oddział ratunkowy, oddział psychiatrii, oddział uzależnień od alkoholu, blok operacyjny.”

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego była niespójna i hasłowa. Izba stwierdziła, iż w petitum odwołania w opisie zarzutu nr 6 wskazano, iż postanowienie § 11 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy jest niejasne i nieprecyzyjne, gdyż Zamawiający nie określił w sposób definitywny i wyczerpujący rozumienia czasowego lub całkowitego zaprzestania wykonywania usługi, biorąc pod uwagę kompleksowość usługi, co może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego w zakresie możliwości rozwiązania umowy ze skutkiem 93

natychmiastowym. Tymczasem § 11 ust. 1 pkt 1 nie odnosi się ani do czasowego lub całkowitego zaprzestania wykonywania usługi, ani do możliwości rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Z kolei w uzasadnieniu zarzutu całe stanowisko Odwołującego sprowadzało się do wskazania że kwestionowane postanowienie umowne jest niejasne i nieprecyzyjne, gdyż Zamawiający nie określił w sposób definitywny i wyczerpujący rozumienia niewykonania usługi w miejscach strategicznych szpitala, biorąc pod uwagę kompleksowość usługi, co może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy z 1-miesięcznym terminem wypowiedzenia. Poza tak ogólnym stwierdzeniem w odwołaniu nie przedstawiono argumentacji, na podstawie której można byłoby stwierdzić, że podmiot profesjonalny, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w oparciu o kompleksową lekturę dokumentów zamówienia, nie jest w stanie prawidłowo zidentyfikować desygnatu pojęcia, na którego nieprecyzyjność wskazuje. Nie przedstawiono także w ogóle twierdzeń, które wykazywałyby, że w omawianym przypadku naruszono przepisy ustawy Pzp. Jednocześnie żądanie postawione w odwołaniu nie zostało skorelowane z twierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu zarzutu. Odwołujący nie domagał się bowiem doprecyzowania kwestionowanej klauzuli, zdefiniowania pewnych pojęć czy wydłużenia okresu wypowiedzenia, lecz żądał wykreślenia § 11 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w całości, co jawi się jako nieuzasadnione.

#### Zarzut nr 7

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.) dotyczący § 11 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy.

Zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy „Zamawiający może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 1 miesięcznego terminu wypowiedzenia, a w tym w szczególności w następujących przypadkach: 4) jeżeli zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z przyczyn określonych w § 18 ust. 2 pkt 8 lit. b – d przekroczy kwotę w:

a) okresie styczeń – czerwiec 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2024 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątania i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2024);

b) okresie lipiec - grudzień 2025 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2025 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątania 94

i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala ( gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2025);

c) okresie styczeń – czerwiec 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2025 i

wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2025);

d) okresie lipiec- grudzień 2026 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2026);

e) okresie styczeń – czerwiec 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2026 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2026);

f) okresie lipiec- grudzień 2027 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2027);

g) okresie styczeń – czerwiec 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za II półrocze roku 2027 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie VII –XII 2027);

h) okresie lipiec- grudzień 2028 roku stanowiącą iloczyn przychodu z NFZ za I półrocze roku 2028 i wskaźnika 1,20% jako udziału procentowego kosztów usługi sprzątnięcia i opieki nad pacjentem w całkowitych kosztach rodzajowych szpitala (gdzie przychód z NFZ to kwota należnego wynagrodzenia z umów zawartych przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Zdrowia w okresie I –VI 2028)."

Izba wskazuje na wstępie, iż jako organ właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaniechanie czynności w postępowaniu o

udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy (por. art. 473 ust. 1 pkt 1 oraz art. 513 ustawy Pzp), nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności działań instytucji zamawiającej z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym nie podlega ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego w petitum odwołania naruszenie przepisów ww. ustawy, którego zresztą w żaden sposób nie uzasadniono.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, iż w uzasadnieniu zarzutu nr 7, poza przywołaniem treści § 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy i ogólnym stwierdzeniem, że zaskarżone postanowienie umowne stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego i może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy, gdyż dotyczy ono okoliczności na które wykonawca nie ma wpływu i nie ponosi za nie odpowiedzialności, nie przedstawiono żadnej argumentacji faktycznej i prawnej, która mogłaby wskazywać na naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów. Odwołujący jedynie powołał się na orzeczenie Izby, w którym zwrócono uwagę, iż cechą stosunku zobowiązaniowego (umowy w sprawie zamówienia publicznego) jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron, niemniej tego rodzaju argumentacja nie przystaje do treści zarzutu. Zaskarżone postanowienie umowne nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron, lecz uprawnienie do wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy w ściśle określonym przypadku, przy spełnieniu ściśle określonych warunków. Odwołujący poza hasłowym stwierdzeniem, iż Zamawiający nie może odnosić waloryzacji usługi do wskaźników NFZ, ponieważ struktura kosztów nie jest z tym podmiotem związana, nie przedstawił rzeczowej argumentacji, która odnosiłaby się bezpośrednio do treści zaskarżonego postanowienia umownego i która wykazywałaby naruszenie konkretnych przepisów ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż środki ochrony prawnej służą konwalidacji takich działań Zamawiającego, które są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i które mają lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też kwestionując projektowane postanowienia umowne należy pamiętać o obowiązku wykazania, że określone klauzule faktycznie naruszają przepisy, a nie poprzestawać na wyrażeniu własnej opinii, nie popartej argumentacją. Jedynie pomocniczo, jako uzupełnienie, Izba powołała się na przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia ocenę zarzutu nr 14 w sprawie o sygn. akt KIO 545/24.

#### Zarzut nr 8

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenia art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.), dotyczący w § 3 ust. 2 wzoru umowy.

Izba ustaliła, iż zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy „Zamawiający wymaga aby w celu zapewnienia ciągłości wykonania usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania oddziałów szpitalnych Wykonawca zatrudniał min. 160 pracowników zatrudnionych na pełen etat realizujących usługę na terenie MSS w Ostrołęce.”

Zgodnie zaś z § 7 ust. 5 wzoru umowy „Zamawiający jednostronnie może włączyć lub wyłączyć część powierzchni objętych niniejszą umową, nie więcej jednak niż 10% każdorazowo łącznej ilości metrów kwadratowych określonych w Załączniku nr 1 umowy na czas: remontu, zawieszenia działalności lub jej likwidacji, zmiany przeznaczenia

pomieszczenia, zmiany strefy czystości, włączenia lub wyłączenia powierzchni z użytkowania z innych przyczyn.”

Ponadto Izba ustaliła, iż w § 17 wzoru umowy wskazano, iż:

1. Z ważnych przyczyn organizacyjnych, Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie do zmniejszenia ogólnej powierzchni objętej usługą określoną w § 1, w stosunku do ogólnej powierzchni określonej w specyfikacji warunków zamówienia, stanowią integralną część umowy, o czym mowa w § 7 pkt 5 Wykonawcy należy się wynagrodzenie uwzględniające modyfikację powierzchni.
2. Z przyczyn organizacyjnych, Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie do zmian powierzchni poszczególnych stref, nie powodujących zmniejszenia ogólnej powierzchni objętej usługą określoną w § 1 Wykonawcy należy się wynagrodzenie uwzględniające modyfikację powierzchni poszczególnych stref.
3. W sytuacjach określonych w niniejszym paragrafie podstawą ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy jest cena sprzątnia dla danej strefy podane przez Wykonawcę w ofercie.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż jako organ właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy (por. art. 473 ust. 1 pkt 1 oraz art. 513 ustawy Pzp), nie jest uprawniona do rozstrzygania w przedmiocie zgodności działań instytucji zamawiającej z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym nie podlega ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego w petitum odwołania naruszenie przepisów ww. ustawy, którego zresztą w żaden sposób nie uzasadniono.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu zawartego w odwołaniu Izba stwierdziła, iż miało ono charakter hasłowy i zostało ograniczone do stwierdzenia, że wymóg zawarty w § 3 ust. 2 wzoru umowy stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego gdyż może prowadzić do powstania szkody majątkowej u Wykonawcy wykonującego zamówienie w związku z faktem, iż Zamawiający przewidział nieograniczoną możliwość zmniejszenia świadczenia Wykonawcy tj. ograniczenia wynagrodzenia bez jednoczesnego zmniejszenia liczby osób, których zatrudnienia wymaga.

W ocenie Izby tego rodzaju argumentacja nie wykazuje, że w istocie Zamawiający wprowadzając wymóg zatrudnienia określonej liczby pracowników na potrzeby realizacji umowy naruszył jakiegokolwiek przepisy ustawy Pzp. Zamawiający wymaga, aby przez cały okres realizacji umowy wykonawca zatrudniał określoną liczbę pracowników, którzy mają realizować usługę na terenie jego szpitala, przy czym jest to liczba minimalna. W konsekwencji wykonawcy kalkulując cenę oferty powinni uwzględnić koszt zatrudnienia minimum 160 osób przez cały czas trwania umowy. Zdaniem składu orzekającego trudno jest stwierdzić, aby wymóg zapewnienia min. 160 pracowników na potrzeby realizacji umowy obciążał wykonawcę w sposób nadmierny w sytuacji, gdy po pierwsze wyłączenia powierzchni z zakresu usługi mają co do zasady charakter czasowy (np. są spowodowane remontem) i nie mogą przekroczyć 10% (por. § 7 ust. 5), a po drugie zmniejszenie ogólnej powierzchni, o którym mowa w § 17 ust. 1, ma charakter ekstrapordynaryjny, może nastąpić jedynie z ważnych przyczyn organizacyjnych. Izba miała również na uwadze, iż Zamawiający uwzględniając zarzut nr 11 zobowiązał się wprowadzić do wzoru umowy maksymalny limit, w jakim może dojść do zmniejszenia zakresu zamówienia („Zamawiający zobowiązuje się do wykorzystania 70% wartości umowy (z wyłączeniem sytuacji określonych w § 11 niniejszej umowy).” Wobec braku wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego wobec czynności uwzględnienia zarzutu nr 11 Zamawiający zobowiązany jest wprowadzić modyfikacje w tym zakresie zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (por. art. 522 ust. 4 zdanie ostatnie). Odwołujący poza wskazaniem podczas rozprawy, że zarzut w tej sytuacji pozostaje zasadny, nie przedstawił wymiernych danych pozwalających ocenić, jakie faktycznie ryzyko po stronie wykonawcy mogłoby materializować się przy takim kształcie postanowień umownych, na jaką to szkodę majątkową miałby on zostać narażony. Odwołujący nie odniósł się do tego, jak faktycznie ewentualne zmiany wpływające na zakres usługi przewidziane we wzorze umowy i zadeklarowane w postępowaniu odwoławczym mogą wpływać na liczbę pracowników i sytuację wykonawcy. Zamawiający zaś wskazywał, że pomimo ewentualnych zmniejszeń taka liczba pracowników jest uzasadniona, powołując jako przykład to, że nawet gdy dochodzi do remontu danego oddziału, to pacjenci są przenoszeni w inne miejsce i liczba

łóżek nie ulega zmianie, a co za tym idzie, nie ulega zmianie też zakres czynności przy pacjencie.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż § 3 ust. 1 wzoru umowy jest sprzeczny z informacjami zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ – Zakres usług, Izba wskazuje, iż Odwołujący ani nie wykazał, że istotnie taka sprzeczność występuje (w załączniku nr 4 nie wskazano konkretnej liczby wymaganych etatów, lecz określono wymaganą liczbę osób na dyżurach w poszczególnych jednostkach organizacyjnych), ani nie wyjaśnił co w istocie z tej sprzeczności wywodzi, w czym upatruje tutaj naruszenia przepisów ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż wymagana minimalna liczba pełnych etatów wynika wyłącznie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, a treść tego postanowienia umownego jest jednoznaczna. Zauważyć należy, iż jest to liczba minimalna, a zatem jeśli niezbędne będzie zaangażowanie osobowe, to na wykonawcy ciążył będzie obowiązek zapewnienia takiej liczby osób, jaka gwarantować będzie należytą realizację usług, przy czym wykonawca nie będzie miał już w tym przypadku obowiązku zatrudnienia tych dodatkowych osób (ponad liczbę 160) na pełen etat.

Zarzut nr 9

Za bezzasadny Izba uznała rzut naruszenia art. 431 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie podania w § 7 ust. 10 i ust. 11 załączniku nr 13 do SWZ - projekcie umowy definicji sformułowania „ośrodków kosztów”, co prowadzi do nieprzejrzystości w umowie oraz możliwości powstania wątpliwości co do sposobu sporządzenia zestawienia prac zrealizowanych w okresie rozliczeniowym i wystawienia prawidłowej faktury.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 7 ust. 10 wzoru umowy wskazał, iż „Wykonawca sporządzi zestawienie zrealizowanych w okresie rozliczeniowym prac z podziałem na poszczególne ośrodki kosztów i na jego podstawie wystawi fakturę Zamawiającemu zgodnie z formularzem cenowym. Zestawienie musi być sprawdzone i zaakceptowane przez upoważnioną osobę ze strony Zamawiającego.” W ust. 11 wskazano zaś, że „W dniu zawarcia umowy Zamawiający przekaze Wykonawcy obowiązujący wykaz ośrodków kosztów i będzie informować o wszystkich zmianach.”

Izba stwierdziła, iż całość argumentacji Odwołującego mająca wykazać zasadność zarzutu sprowadzała się do lakonicznego stwierdzenia, iż Zamawiający nie wyjaśnił definicji „ośrodków kosztów”, co może powodować liczne wątpliwości na etapie wykonywania umowy. Stanowisko Odwołującego było wyłącznie hasłowe, Odwołujący nawet nie wyartykułował, jakie wątpliwości ma tu na myśli, nie przedstawił też argumentacji, która wskazywałaby, że w świetle całokształtu treści dokumentów zamówienia nie jest możliwe ustalenie przez profesjonalnego wykonawcę, co należy rozumieć przez „ośrodki kosztów”. W ocenie Izby oczywistym jest, że przedmiotowe „ośrodki kosztów” muszą mieć swoje źródło w

treści dokumentów zamówienia, korelować z informacjami wyodrębnionymi w formularzu cenowym, informacjami wynikającymi z wykazów powierzchni (załącznik nr 1 do SWZ), czy z zakresu prac opisanego w załączniku nr 4 do SWZ, w tym z wyodrębnioną w dokumentach zamówienia strukturą oddziałów i pomieszczeń. Odwołujący pominął także fakt, iż zgodnie z § 7 ust. 11 wzoru umowy w dniu zawarcia umowy Zamawiający przekaze wykonawcy obowiązujący wykaz ośrodków kosztów, a zatem wykonawca sporządzając zestawienie będzie miał wiedzę, co należy w nim wyszczególnić. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów wskazanych w odwołaniu i to takiego naruszenia, które mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania (por. art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Kwestionowane postanowienia wzoru umowy dotyczą technicznych aspektów rozliczeń na etapie realizacji umowy (a konkretnie tego, co należy wskazać w zestawieniu zrealizowanych czynności stanowiącym podstawę do wystawienia faktury VAT) i nie mają w ocenie Izby zasadniczego znaczenia ani dla złożenia oferty, ani dla realizacji przyszłej umowy.

#### Zarzut nr 10

Izba na podstawie art. 520 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 10 (zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie określenia w projekcie umowy dzierżawy stanu sprzętu w chwili zawarcia umowy, który będzie podlegał wydzierżawieniu) który został wycofany przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1.1 sentencji wyroku.

#### Zarzut nr 11

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 11, tj. zarzutu naruszenia art. 433 pkt 4 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 13 do SWZ - wzorze umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu świadczenia Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni ww. zarzut w całości i dokona stosownej zmiany treści SWZ poprzez wprowadzenie następującego postanowienia: „Zamawiający zobowiązuje się do wykorzystania 70% wartości umowy ( z wyłączeniem sytuacji określonych w §11 niniejszej umowy).”

Wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Ever Medical Care na posiedzeniu w dniu 5 marca 2024 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 11.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Znalazło to odzwierciedlenie w pkt 1.2 sentencji wyroku.

#### Zarzut nr 12

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 12, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 2 Pzp dotyczący wymagania przewidzianego w formularzu cenowym w adnotacji oznaczonej czterema gwiazdkami.

Izba stwierdziła, iż w zawartej w formularzu cenowym pod tabelą adnotacji \*\*\*\* Zamawiający wprowadził wymaganie, że „ryczałt za m2 z tytułu wykonania czynności” wskazanych w poz. 2 (Pomoc w opiece nad pacjentem - pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej niesklasyfikowane zwolnione z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług) nie może przekroczyć „20-krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty.”

Odwołujący wskazywał na wewnętrzną sprzeczność takiej regulacji i związany z tym brak przejrzystości postępowania, którą opierał na twierdzeniu, że czynności pomocowe nie są zależne od m2 wykonywanej usługi. Izba dostrzegła

rozbieżność pomiędzy zawartym w ww. adnotacji opisem („ryczałt za m2”) a opisem zawartym w poz. 2 formularza cenowego, dla której przewidzianą jednostką miary był „ryczałt miesięczny”, niemniej Odwołujący nie wskazał co faktycznie z powyższego wywodzi i jak ta nieścisłość miałaby się przekładać na ewentualne trudności w kalkulacji ceny. W ocenie Izby rozbieżność ta stanowiła omyłkę redakcyjną, nie wpływającą na prawidłowe rozumienie wymagania określonego w adnotacji \*\*\*\*, a zamiarem Zamawiającego było wskazanie, aby cena podawana w kolumnie E w poz. 2 stanowiąca miesięczny ryczałt za pomoc w opiece nad pacjentem - pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej niesklasyfikowane zwolnione z podatku VAT na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług, nie przekraczała 20-krotności wartości ceny za m2 poniesionych dla usług podstawowych (średniej ważonej) ze stref 3 oraz 4 tj. usług kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń Zamawiającego. Prawdą jest, że czynności pomocowe niezależne są od m2 wykonywanej usługi, niemniej w kontekście ustanowionego wymagania nie tyle jednostka miary ma tutaj znaczenie, co wzajemna relacja cen podawanych przez wykonawców w poz. 2 formularza cenowego (pomoc przy pacjencie) oraz w poz. 1a i b (usługa kompleksowego utrzymania czystości – strefa IV i III).

Izba ponadto za całkowicie nieuzasadnione w świetle uzasadnienia faktycznego zarzutu uznała żądanie Odwołującego, który domagał się usunięcia całej adnotacji 101

oznaczonej czterema gwiazdkami. Skoro Odwołujący wskazywał na sprzeczność w formularzu cenowym, to powinien dążyć do wyeliminowania tej sprzeczności, np. wskazując na konieczność doprecyzowania czy poprawienia treści kwestionowanej adnotacji, a nie do jej usunięcia. Wykreślenie kwestionowanego wymagania prowadziłoby do całkowitego zniesienia wprowadzonego przez Zamawiającego maksymalnego limitu w zakresie wysokości miesięcznego ryczałtu za świadczenie usług zwolnionych z VAT, co nie byłoby uzasadnione skoro Odwołujący wprowadzenia tego rodzaju limitu ani jego wysokości w ogóle nie zakwestionował.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie dwóch z dziesięciu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 1/5 (zarzuty nr 1 i 4) i bezzasadne w zakresie ośmiu z dziesięciu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 4/5 (zarzuty nr 2, 3, 5-9 i 12), w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego w ww. proporcji. Zarzuty nr 10 i 11, w zakresie których postępowanie umorzono, nie były brane pod uwagę przy stosunkowym rozliczeniu kosztów. Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 724 zł 00 gr stanowiącą 1/5 kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Przewodnicząca: .....