

Sygn. akt: KIO 583/24

KIO 588/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2024 roku r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 lutego 2024 roku r. przez Federację Przedsiębiorców Polskich w

Warszawie,

B. w dniu 22 lutego 2024 roku r. przez wykonawcę Hospital Service Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 583/24 i KIO 588/24: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EVER Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, EVER Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, EVERTEAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 583/24: Lador Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu

orzeka:

Sygn. KIO 583/24

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Federację Przedsiębiorców Polskich w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Federację Przedsiębiorców Polskich w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Federacji Przedsiębiorców Polskich w Warszawie na rzecz zamawiającego – Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku – kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Sygn. KIO 588/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia:
 - art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) poprzez nieprecyzyjny opis przez zamawiającego przedmiotu zamówienia,
 - art. 433 pkt. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez zamawiającego do

projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego – Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku – kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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 583/24

KIO 588/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Sygn. akt: KIO 583/24

W dniu 22 lutego 2024 roku Federacja Przedsiębiorców Polskich w Warszawie (dalej: odwołujący I) wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), polegających na:

a) ustaleniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub

zawodowej (doświadczenie), która nie skutkuje:

i. ustaleniem wymaganego poziomu tego warunku proporcjonalnie względem przedmiotu zamówienia;

ii. ustaleniem tego warunku w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców;

iii. zapewnieniem najlepszej jakości usług w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia i najlepszych efektów w stosunku do poniesionych nakładów;

b) ustaleniem ceny jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez

ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w

sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalone na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz związane z przedmiotem zamówienia oraz sformułowane zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, tj. w sposób, który gwarantuje wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, na odpowiednim poziomie jakościowym oraz zapewnieni najlepszą jakość usług w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia i najlepsze efekty w stosunku do poniesionych nakładów;

2) art. 246 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający publiczni, o których

mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p., oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu powyższy wymóg nie został zachowany.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu dotyczącego warunku w przedmiocie zdolności technicznej lub

zawodowej (doświadczenie):

- a) usunięcie dotychczasowego warunku w postępowaniu, że:

Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe do należytego wykonania zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał lub wykonuje należycie minimum 2 usługi kompleksowego sprzątania (w tym bloku operacyjnego), transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych o wartości brutto co najmniej 5.000.000,00 zł każda, w szpitalach o powierzchni sprzątania co najmniej 25 000 m² każdy i o ilości minimum 300 łóżek każdy, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie.

- b) sformułowanie w SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z

zasadami Prawa zamówień publicznych w tym w szczególności warunku wyrażającego

minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia adekwatny do przedmiotu zamówienia i celu, który realizują warunki udziału w postępowaniu tj. warunku o treści:

Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe do należytego wykonania zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał lub wykonuje należycie minimum 2 usługi kompleksowego sprzątania (w tym bloku operacyjnego) transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych, o wartości brutto co najmniej 5.000.000,00 zł każda, w szpitalach o powierzchni sprzątania co najmniej 35 000 m² każdy i o ilości minimum 350 łóżek każdy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie

- 2) w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert:

- a) usunięcie dotychczasowego zapisu: nazwa kryterium: cena, waga – 100%,

- b) sformułowanie w SWZ kryterium w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych:

Nr	Nazwa kryterium	Waga
1	Cena	60%
2	Koncepcja wykonania usługi	40%

Powyżej wymienione kryteria oceny ofert wyliczone zostaną wg poniższych zasad:

1. W ramach kryterium „Cena” Wykonawcy mogą uzyskać maksymalnie 60 pkt i

zostanie ono obliczone wg poniższego wzoru:

Cena =

cena brutto najtańszej oferty / cena brutto badanej oferty

2. W ramach kryterium „Koncepcja wykonania usługi” Wykonawcy mogą uzyskać

maksymalnie 40 pkt.

Liczba punktów uzyskanych przez ofertę oznacza liczbę punktów przyznaną przez komisję przetargową w ofercie. Każdy z członków Komisji Przetargowej, na podstawie posiadanego doświadczenia, wiedzy oraz znajomości specyficznych wymagań stawianych pracownikom personelu sprzątającego w obiektach Zamawiającego, dokona indywidualnej oceny zgodnie z poniższymi zasadami.

Komisja przetargowa ustalać będzie wartość punktową tego kryterium na podstawie analizy i oceny merytorycznej danych przedstawionych przez Wykonawców w „Planie Higieny”.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca w Planie Higieny przedstawił całościowe podejście Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Plan Higieny będzie przedmiotem analizy i oceny poprzez wiedzę i doświadczenie członków zasiadających w Komisji Przetargowej.

Ocena jakości Planu Higieny pod kątem kompleksowych rozwiązań, dostosowania ich do specyfiki i systemu pracy w poszczególnych oddziałach i komórkach organizacyjnych Zamawiającego uwzględniający pełen zakres wymaganych prac w tym rozwiązań innowacyjnych - Zamawiający uszczegóławia podział 30 punktów:

a) za zasady organizacji pracy z uwzględnieniem całodobowej obsługi i obsady na poszczególnych odcinkach:

- organizacja pracy, która uwzględnia system i specyfikę pracy Szpitala, zawiera rozwiązania korzystniejsze niż wymagane minimum, przedstawia Plan Higieny zapewniający wykonanie wymaganych w SWZ szerszych czynności, we wszystkich oddziałach i pozostałych komórkach organizacyjnych Szpitala, zapewnia optymalną obsadę wysoko kwalifikowanego personelu i odpowiednie godziny pracy personelu, gwarantuje wykonanie usługi przy zachowaniu wymaganej jakości, wprowadza najefektywniejsze rozwiązania oraz optymalizację kosztów - 15 pkt.
- organizacja pracy, która uwzględnia system i specyfikę pracy Szpitala, zawiera rozwiązania minimalne wymagane w SWZ, przedstawia Plan Higieny zapewniający wykonanie wymaganych w SWZ minimalnych czynności, we wszystkich oddziałach i pozostałych komórkach organizacyjnych Szpitala, zapewnia minimalną obsadę wykwalifikowanego personelu i odpowiednie godziny pracy personelu, gwarantuje wykonanie usługi przy zachowaniu wymaganej w SWZ jakości - 0 pkt.

b) za szczegółowe procedury i instrukcje utrzymania czystości pod kątem dostosowania do potrzeb i specyfiki szpitala:

- dostosowane do potrzeb i specyfiki Szpitala procedury i instrukcje, które uwzględniają w stopniu większym niż wszystkie wymagane w SWZ, procedurach i instrukcjach zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, gwarantujące prawidłowość ich wykonywania i bezpieczeństwo sanitarne - 15 pkt.
- dostosowane do potrzeb i specyfiki Szpitala procedury i instrukcje, które uwzględniają w stopniu minimalnym wymaganych w SWZ, procedurach i instrukcjach zasady postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, gwarantujące prawidłowość ich wykonywania i bezpieczeństwo sanitarne - 0 pkt.

c) za dobór środków dezynfekcyjnych i myjąco-czyszczących:

- środki, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane do konkretnych sprzętów i powierzchni w poszczególnych oddziałach i innych komórkach organizacyjnych Szpitala, będą spełniały podstawowe wymagania Zamawiającego w szerszym zakresie niż wskazano w SWZ, będą dostosowane do wymagań i potrzeb specyficznych oddziałów lub innych pomieszczeń, w których będą stosowane, będą przyjazne dla środowiska — 10 pkt.
- środki, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane do konkretnych sprzętów i powierzchni w poszczególnych oddziałach i innych komórkach organizacyjnych Szpitala, będą spełniały podstawowe wymagania Zamawiającego w minimalnym wskazanym w SWZ zakresie, będą dostosowane do wymagań i potrzeb specyficznych oddziałów lub innych pomieszczeń, w których będą stosowane, będą przyjazne dla środowiska — 0 pkt.

3) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ będącej konsekwencją uwzględnienia wniosku 1 i 2 powyżej;

Ponadto odwołujący I wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący I oświadczył, iż jest członkiem Rady Dialogu Społecznego, reprezentuje interesy przedsiębiorstw i instytucji zrzeszonych w ramach Federacji. Jego celem jest dążenie do poprawy jakości funkcjonowania polskich firm — w kraju i zagranicą, wdrażanie inicjatyw, które mają kształtować odpowiedzialną, zrównoważoną politykę efektywną z punktu widzenia pracodawców oraz gwarantującą wysokie bezpieczeństwo pracownikom oraz propagowanie najlepszych rozwiązań dotyczących wydatkowania środków publicznych w ramach zamówień publicznych i podejmowanie działań mających na celu eliminowanie z obiegu prawnego rozwiązań naruszających najlepiej pojęty interes publiczny. Odwołujący I jest wpisany na prowadzoną przez Prezesa UZP listę podmiotów działających na podstawie przepisów o: izbach gospodarczych, rzemiośle, samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców, organizacjach pracodawców, samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia — pozycja 151 na liście, wpis z dnia 12 kwietnia 2021 r. nr LO/025.1.2021.

Odwołujący I oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, grożą naruszeniem istotnych z punktu widzenia interesu publicznego zadań dotyczących ochrony ludzkiego zdrowia i życia, gdyż proponowane zapisy SWZ

uniemożliwiają przedsiębiorcy złożenie oferty, zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie rzetelnym i doświadczonym wykonawcom. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy P.z.p., przedsiębiorcy, na rzecz których działa odwołujący

I, mogą ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto będą narażeni na szkodę polegającą na pozbawieniu ich realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Nadto odwołanie stanowi realizację statutowych celów odwołującego I i służy eliminacji wadliwych praktyk.

Odwołujący I podniósł, że przy tak określonych postanowieniach SWZ, jakie zostały ustalone przez zamawiającego, do postępowania dopuszczeni mają zostać wykonawcy, który doświadczenie opisane w SWZ uzyskali na przestrzeni trzech lat w zakresie odpowiadającym od 8 (odniesienie do wartości wymaganej referencji) do 42% (liczba obsługiwanych we wrześniu 2023 r. łóżek, w odniesieniu do wszystkich łóżek poziom ten spada do 40%) wielkości zamówienia. Tymczasem potrzeby zamawiającego wynikające z SWZ to usługa, której wartość już w ciągu półrocza przekracza postawiony warunek, jednocześnie postawione warunki udziału dotyczące stopnia złożoności uwzględniającym liczbę obsługiwanych łóżek, wielkość powierzchni podlegających sprzątnięciu oraz rodzaj wykonywanych czynności w żaden sposób nie są zbliżone do wymogów stawianych przez zamawiającego.

Zamawiający to szpital kliniczny o wysokim poziomie referencyjności i wielospecjalistycznym profilu. Jak sam się określa jest „jednym z największych szpitali w Polsce oraz największym i najnowocześniejszym publicznym szpitalem w województwie podlaskim. Wykonuje się tu najbardziej specjalistyczne świadczenia w ramach kontraktu z podlaskim oddziałem Narodowego Funduszu Zdrowia oraz umów z Ministerstwem Zdrowia. Są tu hospitalizowane przypadki z medycznego punktu widzenia najtrudniejsze, wymagające wysokospecjalistycznej wiedzy i znakomitego sprzętu. Ponadto celem Zamawiającego jest „kształcenie przed i podyplomowe kadry medycznej, a także działalność naukowa i badawcza, która ma na celu rozwój medycyny oraz poprawę jakości leczenia.”

Zamawiający prowadzi osiem klinik, które wraz z Oddziałem Hipertensjologii są jednostkami monopolistycznymi, tzn. nie ma innych takich w regionie podlaskim.

Zamawiający działa w dwóch lokalizacjach. „Przy ul. Skłodowskiej-Curie 24A funkcjonuje 31 klinik i oddziałów z 750 łózkami, gdzie rocznie leczonych jest ponad 54 tys. pacjentów. Na terenie szpitala przy ul. Skłodowskiej-Curie (choć z adresem Wołodyjowskiego 1) od października 2022 działa Klinika Psychiatrii.

W ramach szpitala przy ul. Waszyngtona 15 funkcjonują także 33 Poradnie Specjalistyczne oraz poradnia podstawowej opieki — Uniwersytecki Lekarz Rodzinny. Poradnie są ściśle powiązane z klinikami i prowadzą w warunkach ambulatoryjnych specjalistyczną działalność diagnostyczno-leczniczą. Rocznie jest tam udzielanych ponad 206 tys. porad specjalistycznych.”

W 2021 r. zamawiający uzyskał Certyfikat Akredytacyjny nr 2021/43, potwierdzający spełnianie przez niego standardów akredytacyjnych dla leczenia szpitalnego w zakresie działalności zakładu leczniczego. Jak sam przyznaje, w 2019 r. nie udało mu się uzyskać takiego certyfikatu.

Powyższy skróty opis pokazuje skalę funkcjonowania zamawiającego, jego miejsce i rolę w systemie opieki zdrowotnej jako najważniejszej placówki (a często wręcz jedynej) w północno-wschodnim regionie Polski oraz szerzej – jednej z największych, najnowocześniejszych placówek w całej Polsce. W istocie zamawiający funkcjonuje jako wysoce specjalistyczny podmiot, o złożonej strukturze wewnętrznej, wielu jednostkach, których bezkolizyjna i sprawna współpraca na wielu płaszczyznach jest warunkiem powodzenia realizacji zadań własnych przez zamawiającego. W takim podmiocie nie ma miejsc nieistotnych, czynności czy zadań bez istotnego znaczenia dla funkcjonowania całości i bez wpływu na realizację zadań mających na celu poprawę zdrowia i ratowanie życia ludzkiego.

Zdaniem odwołującego I bezspornym jest, iż nie są takim elementem także usługi stanowiące przedmiot ogłoszonego postępowania, którego dotyczy odwołanie.

W ocenie odwołującego I żądane przez zamawiającego referencje są nieadekwatne do złożoności kompleksowej usługi opisanej w SWZ, wysokich wymagań stawianych wykonawcom przez zamawiającego oraz konieczności zorganizowania i sprawnego nadzorowania szerokiego zakresu usług świadczonych całodobowo przez 7 dni w tygodniu przez zespół kilkuset pracowników wykonawcy. Do realizacji takiej usługi musi zostać wybrany wykonawca, który posiada potwierdzone referencjami doświadczenie, wiedzę i kompetencje w świadczeniu usług w tak dużym obiekcie, obsługującym podobną ilość pacjentów, o podobnym poziomie referencyjności oraz podobnie wysokich wymaganiach i złożoności usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Odwołujący I podniósł, że zgodnie z pkt 4 SWZ „Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu czynności pomocniczych, kompleksowego sprzątnięcia, transportu wewnętrznego, które mają być świadczone w budynkach mieszczących się przy ulicach M. Skłodowskiej-Curie i Waszyngtona: (łóżka: stan na 30.09.2023 - ok. 700, 4 bloki operacyjne, 24 sale operacyjne) oraz w bloku mieszkalnym przy ulicy Szpitalnej.” Jak zaznaczył zamawiający,

nie widzi on możliwości podziału przedmiotu zamówienia na zadania, gdyż „Przedmiot zamówienia stanowi funkcjonalną całość i z przyczyn organizacyjnych oraz ekonomicznych jest niepodzielny. Zamawiający za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału zamówienia na części uznał ryzyko i możliwość wystąpienia nadmiernych trudności organizacyjnych w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, możliwość wystąpienia niewspółmiernie wyższych kosztów po stronie zamawiającego oraz ewentualne utrudnienia przy utrzymaniu właściwej koordynacji zamówienia, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do nieprawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.” Zamawiający zamierza wybranemu wykonawcy zlecić realizację usług bezpośrednio rzutujących na przebieg procesów leczniczych. Zamawiający w załączniku nr 10 do umowy „OPIS STANDARDÓW JAKOŚCIOWYCH PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” wskazuje, iż:

„Przedmiotem zamówienia są:

- 1) Usługi pomocnicze przy pacjencie określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do SIWZ;
- 2) Usługi sprzątanía;
- 3) Usługi transportu wewnętrznego."

Powyższe usługi stanowią czynności dodatkowe do świadczenia głównego Zamawiającego tj. do opieki medycznej, która została zdefiniowana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jako „całość świadczeń, które służą diagnozie, opiece oraz w miarę możliwości leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia”, celem zaś opieki medycznej jest profilaktyka, zachowanie, ratowanie, przywrócenie i poprawa zdrowia.

Odwołujący I stwierdził, że nie jest przedmiotem sporu między zamawiającym i odwołującym, iż przedmiot zamówienia wykracza daleko poza komercyjną usługę utrzymania czystości. Tu, każdy potencjalny błąd może ważyć zdrowie lub życie ludzkie. Nie ma miejsca ani czasu na uczenie się przez wykonawcę usługi. Dlatego też wykonawcą nie może zostać każdy działający na rynku podmiot, a tylko taki, który może wykazać się realnym doświadczeniem w świadczeniu usług o porównywalnym stopniu skomplikowania, jak to ma miejsce u Zamawiającego.

Odwołujący I zaznaczył, że suma doświadczenia z usług o wielkości nieodpowiadającej rozmiarowi potrzeb Zamawiającego nie spełnia celu, w którym formułowane są warunki udziału w postępowaniu. Na podstawie doświadczenia wymaganego warunkiem zamawiający nie weryfikuje wykonawcy ze względu na rękojmię należytego wykonania zamówienia. Na skutek zbyt łagodnego sformułowania ww. warunku w postępowaniu mogą złożyć oferty wykonawcy, którzy nie mają doświadczenia w realizacji

usług na obiektach o złożoności odpowiadającej obiektowi zamawiającemu oraz którzy nie realizowali nigdy usług o tożsamym zakresie, zaangażowaniu potencjałów i ryzyku zagrożeń zbliżonych do usługi opisanej w SWZ. Tym samym ww. warunek nie realizuje celu, w którym został ustalony. W konsekwencji tak ustalonego warunku w postępowaniu mogą zostać złożone oferty nieporównywalne, w tym także niedoszacowane. Odwołujący podkreśla, że wykonawca niemający doświadczenia w realizacji usług odpowiadających zamawianej usłudze nie ma wiedzy umożliwiającej mu precyzyjne zidentyfikowanie wszystkich kosztów i ryzyk kontraktowych oraz ich wycenę. Wobec powyższego, z uwagi na fakt, że potencjalni wykonawcy, którzy złożą oferty w postępowaniu będą działali na podstawie różnego przekonania co do okoliczności faktycznych i prawnych realizacji zamówienia, naruszona zostaje zasada równej konkurencji. Oczywiście jest, że podmioty, nieposiadające doświadczenia w dużych zamówieniach, bez swojej winy nie uwzględnią wszystkich ryzyk i kosztów kontraktowych, skutkiem czego złożą oferty korzystniejsze cenowo. Wykonawcy, którzy mają wiedzę i doświadczenie w zakresie ww. usług nie złożą tak korzystnych ofert, gdyż działanie takie byłoby kwalifikowane m.in. jako działanie na szkodę spółki skutkujące umyślnym spowodowaniem szkody. Tym samym w postępowaniu faworyzowani są wykonawcy nieposiadający niezbędnego doświadczenia. Dodatkowo ww. warunek naraża narusza zasadę efektywności. Zasada doznaje uszczerbku, gdyż zamawiający powierzając realizację zamówienia niedoświadczonemu wykonawcy w sposób dorożumiany godzi się na uzyskanie świadczenia o niższej jakości niż wymagana i potrzebna. Ponadto zamawiający przyjmuje na siebie ryzyko konsekwencji nienależytego wykonania usługi przez takiego wykonawcę, które to ryzyko obejmuje zarówno procesy sądowe o odszkodowania i zadośćuczynienia z powodu wadliwego wykonania usług medycznych skutkujące uszczerbkiem zdrowia lub życia pacjenta jak i ewentualne ryzyko zastępczego wykonania usługi, w przypadku, gdyby ww. wykonawca porzucił usługę lub nie podołał wymogom np. jakościowym.

Odwołujący I zwrócił uwagę na wzrost liczby zakażeń szpitalnych, na co zwróciła uwagę również Najwyższa Izba Kontroli na podstawie analizy dokonanej w 22 jednostkach w latach 2016-2017. Wniosek NIK: „System przeciwdziałania zakażeniom wewnątrzszpitalnym był nieskuteczny, na co wskazuje wzrost liczby pacjentów z zakażeniem szpitalnym, w tym zarażonych lekoopornymi szczepami bakterii Klebsiella Pneumoniae NDM (+), a także wzrastająca liczba pacjentów z rozpoznaniem posocznicy (sepsy). Jako przyczynę takiego stanu rzeczy NIK wskazywał: Przyczyną tego stanu było przede wszystkim nieprzestrzeganie obowiązujących procedur zapobiegających zakażeniom przez większość kontrolowanych podmiotów, niedostateczne wykorzystanie diagnostyki mikrobiologicznej, a także niedostateczna liczba personelu medycznego o wymaganych kwalifikacjach.

Odwołujący I podniósł, że z przyjętymi przez zamawiającego drastycznie niskimi warunkami udziału w przetargu w zakresie doświadczenia wykonawców ściśle koreluje przyjęcie przez zamawiającego jednego kryterium oceny ofert ceny. To wskazuje wprost na zamiar zamawiającego, aby wybrać ofertę najtańszą, bez merytorycznej analizy rozwiązań, jakie wybrany wykonawca winien wdrożyć u zamawiającego.

Odwołujący I wskazał, że cena jest oczywiście elementem ważnym i dlatego ustawodawca przewidział, aby była jednym z kryteriów ocen. Ale w przedmiotowym przetargu zamawiający nie żąda dostawy ściśle technicznie wyspecyfikowanych produktów (np. papieru do drukarek o określonej gramaturze papieru i wymiarach), aby to uzasadniało oparcie wyboru najkorzystniejszej oferty tylko na cenie, skoro wykonawcy muszą dostarczyć ten sam produkt o z góry określonych produktach.

Odwołujący I stwierdził, że zamawiający oczekuje, iż usługi świadczone przez wykonawców staną się elementem szeroko pojętego procesu leczniczego, a wykonawcy w swoich działaniach nie będą się opierać na literalnym wypełnieniu opisanych w SWZ czynności. Zamawiający stawiając taki cel w żaden sposób nie weryfikuje złożonych przez wykonawców ofert pod tym względem. Nie stawia wykonawcom obowiązku przedstawienia oczekiwanego wszak wyraźnie w SWZ sposobu włączenia się wykonawcy w proces wspierania świadczenia głównego, oferowanego przez zamawiającego pacjentom.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego

rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, zamawiający stwierdził, że ma prawo określić warunki w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt tj. za cenę na którą go stać i w jakości którą dokładnie sprecyzował w OPZ. Ustawodawca wymaga, aby poziom warunków wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach zbadać ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”, co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia bądź w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należyście wykonać zamówienie. Zamawiający zauważył, że określony poziom warunków w postępowaniu przy szczegółowym określeniu jakości realizowanego zadania nie może być postrzegany jako nieproporcjonalność względem przedmiotu zamówienia i otwiera konkurencyjność dla innych podmiotów, które przy wcześniejszych warunkach nie mogły złożyć prawidłowej oferty. Działania zamawiającego poszerzają krąg potencjalnych

oferentów przy jednoczesnym zachowaniu warunków jakościowych opisanych w OPZ. Zamawiający oczekuje spełnienia warunku przy realizacji umowy poprzez wykazanie że usługi zostały wykonane w sposób należyty z załączeniem dowodów na poparcie wykonanie usługi w sposób „należyty”.

Odnosząc się do drugiego zarzutu zamawiający stwierdził, że jest gospodarzem postępowania, a narzucenie mu rozwiązań przez odwołującego dotyczących zarówno warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów oceny ofert (proponowana koncepcja wykonania usługi - 40%), ingerując w sposób realizacji usługi i w prawa do decydowania o warunkach postępowania

W ocenie zamawiającego stosując 100% ceny zachował on wymóg odnoszący się do art. 246 ust. 2 ustawy P.z.p. tj. określenia w OPZ wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, został zachowany w omawianym postępowaniu co potwierdza w szczególności:

Załącznik nr 1 ZAKRES CZYNNOŚCI ZWIĄZANYCH Z UTRZYMANIEM CZYSTOŚCI – który wykazuje w sposób szczegółowy kiedy, w jakich częstotliwościach i miejscach z doszczegółowieniem nawet czasu należy wykonać w poszczególnych obszarach pracy określonych czynności, z uwzględnieniem jakości pracy wszystkich biorących udział osób, z doszczegółowieniem czy jest to salowa czy zespół salowych. W zakresie uwzględniono nawet szczegóły mycia, konserwacji, postępowania w zależności od stopnia zabrudzenia i czym zostało zbrudzone np. wykładziny z uwzględnieniem czasu, częstotliwości i jakości; Załącznik nr 2 ZAKRES CZYNNOŚCI ZWIĄZANYCH Z TRANSPORTEM- Przedmiotowy załącznik szczegółowo wskazuje jakie czynności w zakresie transportu powinny być wykonywane 3x dziennie, 2x dziennie, 1x dziennie. Ponadto załącznik określa czynności wykonywane według potrzeb w trybie pilnym i całodobowo oraz czynności wykonywane według potrzeb poszczególnych jednostek organizacyjnych Szpitala. W załączniku opisano w sposób szczegółowy poszczególne czynności do wykonania w ramach realizacji transportu (m.in. transport narzędzi, transport odpadów, transport chorych, transport łóżek, transport materiału do badań). Oprócz tego w załączniku wskazano, które czynności w ramach transportu odbywają się wózkami Zamawiającego, a które wózkami Wykonawcy; Załącznik 4 ZASADY PRACY– zawiera kompendium schematów z uwzględnieniem szczegółów dotyczących aspektów zachowania się pracowników w poszczególnych obszarach oraz odniesienie się do innych załączników w których są wskazane szczegółowe czynności i zakresy pracy i odpowiedzialności, Załącznik wskazuje również potrzebę znajomości procedur szpitalnych w aspekcie zakażeń wewnątrzszpitalnych z uwzględnieniem bezpieczeństwa pracy i jakości tej pracy pracowników. W załączniku od

samego początku współpracy z firmą jest zawarta Księga Higieny Szpitalnej, która nigdy nie była kwestionowana w innym terminie jako doszczegółowienie umowy. W tym załączniku zawarte są m.in. procedury i plany higieniczne, opisy system powiadamiania pracowników wykonujących czynności w trybie pilnym i całodobowo (system powiadamiania pracowników musi zapewnić tryb pilny i całodobowy realizacji zadań określonych w Załącznikach nr 1, 2 i 3); Załącznik nr 6 KRYTERIA DOBORU PREPARATÓW MYJĄCYCH, DO KONSERWACJI ORAZ ŚRODKÓW DEZYNFEKCYJNYCH zawiera charakterystykę preparatów do dezynfekcji do czego powinno być używane, jaki powinien mieć charakter działania, kiedy konkretnie należy użyć, dotyczący specyfiki szpitala z uwzględnieniem podstaw do przygotowania Księgi Higieny Szpitalnej. Podsumowaniem jakości pracy w poszczególnych obszarach, miejscach doprecyzowując nawet wskazanie tego miejsca jakości wykonywanej usługi jest Załącznik nr 8 i Załącznik nr 10 - PROTOKÓŁ OCENY EPIDEMIOLOGICZNEJ USŁUGI SPRZĄTANIA OPIS STANDARDÓW JAKOŚCIOWYCH PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający określił standardy jakościowe ww. usług poprzez dokładne i precyzyjne opisanie czynności, jakie pracownicy wykonawcy muszą wykonać oraz określił częstotliwość ich wykonania (Załączniki nr 1, 2, 3), zaś w Załączniku nr 5 wskazał minimalną ilość personelu potrzebną do zrealizowania usługi. Załącznik nr 4 precyzuje zasady pracy, tj. w jaki sposób i jakim sprzętem ww. czynności należy wykonać, zaś Załączniki nr 7a, 7b i 8 (protokoły oceny realizacji usługi i protokół oceny epidemiologicznej) wskazują, w jaki sposób Zamawiający będzie kontrolował nie tylko czynności wykonywane przez personel wykonawcy, ale także jakość wykonywanych usług. Ze względu na specyfikę miejsca realizacji usługi sprzątnięcia (obszar medyczny) Wykonawca zobowiązany jest do stosowania płynów dezynfekcyjnych o spektrum biobójczym B, F, V, Tbc lub adekwatnym do zagrożenia, w szczególności w salach opatunkowych, zabiegowych, operacyjnych, a także w salach chorych i innych pomieszczeniach, w których przebywał pacjent poddawany izolacji. Płyny dezynfekcyjne powinny spełniać wymagania określone w Zał. Nr 6.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili skutecznie:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EVER Medical Care Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie, EVER Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, EVERTEAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący EVER),

- wykonawca Lador Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu (dalej: przystępujący Lador).

Przystępujący Lador w piśmie z dnia 26 lutego 2024 roku, w którym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący EVER w pismach procesowych z dnia 23 lutego 2024 roku (zgłoszenie przystąpienia) oraz z dnia 10 marca 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu i pismach procesowych jest zgodny z ustaleniami dokonanymi przez Izbę. Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 2 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

W myśl art. 469 pkt 15 ustawy P.z.p. Prezes Urzędu zamówień publicznych prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący I stwierdził, że jest wpisany na prowadzoną przez Prezesa UZP listę podmiotów działających na podstawie przepisów o: izbach gospodarczych, rzemiośle, samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców, organizacjach pracodawców, samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia — pozycja 151 na liście, wpis z dnia 12

kwietnia 2021 r. nr LO/025.1.2021. Okoliczność ta nie została zakwestionowana przez żadnego z uczestników postępowania odwoławczego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz związane z przedmiotem zamówienia oraz sformułowane zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, tj. w sposób, który gwarantuje wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, na odpowiednim poziomie jakościowym oraz zapewnieni najlepszą jakość usług w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia i najlepsze efekty w stosunku do poniesionych nakładów

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. 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.

W myśl ust. 2 warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.”

Ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek określenia warunków 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.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse

SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Co prawda warunki udziału nie muszą zostać określone w taki sposób, aby każdy wykonawca, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktu lub świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia je spełniał, ale ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Jednocześnie Izba podkreśla, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest nabycie produktów lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, wymagania dotyczące udziału w postępowaniu będą z natury niższe niż w przypadku szczególnie złożonych zamówień.

Odnosząc powyższe do powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący I nie wykazał, że zamawiający skonstruował warunek udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący I odniósł zakwestionowane warunki do parametrów przedmiotowego postępowania, stwierdzając, że postawione warunki stanowią maksymalnie 42% wielkości zamówienia. W ocenie odwołującego I świadczy to o ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny.

Stanowisko odwołującego I nie zasługuje na uwzględnienie. Jak już wyżej wskazano, o braku proporcjonalności nie może stanowić stwierdzenie, iż warunki stanowią jedynie pewną część wielkości zamówienia. Tym bardziej, że ustawodawca nie zdecydował się na określenie minimalnych limitów w zakresie warunków, pozostawiając ich ustalenie zamawiającemu. Zamawiający ma obowiązek natomiast ustalić je jako minimalne poziomy zdolności. Minimalne poziomy zdolności należy rozumieć natomiast jako poziomy niezbędne do ochrony interesów zamawiającego, a jednocześnie zapewniające uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby odwołujący I nie wykazał również innych okoliczności świadczących o tym, że warunki udziału w

postępowaniu ustalone są na zbyt niskim poziomie. W obszernym uzasadnieniu odwołania podnosił takie okoliczności, jak to, że zamawiający jest szpitalem wysokospecjalistycznym, w którym świadczy się usługi medyczne o znacznie wyższym poziomie skomplikowania niż w innych tego rodzaju placówkach, co – w jego przekonaniu – uzasadnia postawienie wyższych warunków wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący I zdaje się jednak zapominać, że przedmiotem zamówienia nie są usługi medyczne, ale usługi sprzątania, usługi pomocnicze przy pacjencie oraz usługi transportu. Odwołujący I nie wyjaśnia, dlaczego wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju usługi jak objęta przedmiotem zamówienia na mniejszej powierzchni, nie będą w stanie wykonać jej w placówce, która jest szpitalem specjalistycznym. Odwołujący I wskazywał co prawda, że w placówce specjalistycznej obowiązuje inna terminologia, której nieznajomość może przełożyć się na bezpieczeństwo pacjenta, niemniej jednak nie wskazał chociażby jednego przykładu takiej terminologii, która występuje w takiej placówce, a nie występuje w placówce mniejszej. Jednocześnie odwołujący I żąda podwyższenia warunków jedynie poprzez zwiększenie sprzątej powierzchni o 10 000 m² i ilości łóżek o 50 sztuk, co w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego zwiększenie ilości powierzchni i łóżek w sposób proponowany przez odwołującego I ma przełożyć się na lepsze wykonywanie tej usługi w jednostce specjalistycznej. Odwołujący I nie postawił żądania wykazania się doświadczeniem w realizacji tego typu usług w placówkach specjalistycznych.

Ponadto odwołujący I przytoczył szereg danych dotyczących wzrostu ilości zakażeń w placówkach szpitalnych w ostatnich latach, ale nie wykazał, że tego rodzaju zakażenia występują w szczególności w mniejszych szpitalach ani też, że wystąpienie zakażeń wynika z okoliczności, za które odpowiedzialny jest personel nieposiadający odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu usługi w większej placówce.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 246 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p.,

oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu powyższy wymóg nie został zachowany.

Zgodnie z art. 246 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Zgodnie z ust. 2 zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Z powyższego wynika, że zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, pod warunkiem, że określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Skuteczne podniesienie zarzutu wobec zastosowania wyłącznie kryterium ceny powinno zatem opierać się na stwierdzeniu, że zamawiający nie określił bądź określił w sposób niewłaściwy konieczne wymagania jakościowe.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający w OPZ i załącznikach do niego określił wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Szczegółowe informacje w tym zakresie zostały przez zamawiającego zamieszczone w odpowiedzi na odwołanie i Izba przytoczyła je wyżej in extenso w części uzasadnienia zawierającego stanowiska stron. Odwołujący I nie zakwestionował ani faktu określenia przez zamawiającego wymagań jakościowych, zgodnie z art. 246 ust. 2 ustawy P.z.p., ani też nie podniósł, że są one zgodne ze wskazanym przepisem. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Sygn. akt: KIO 588/24

W dniu 22 lutego 2024 roku wykonawca Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący II) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprecyzyjny opis przez zamawiającego przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych;
- 3) art. 246 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wprowadzenia w kryterium oceny ofert kryteriów pozacenowych,
- 4) art. 433 pkt. 4 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie przez zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia

przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwolujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu.

Odwolujący II oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy P.z.p., a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy P.z.p. i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2024 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty wskazane w pkt. 1 i 4 odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EVER Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, EVER Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, EVERTEAM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (przystępujący EVER). Przystępujący EVER na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 roku oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 1 i 4 odwołania.

W zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania odwołujący II podniósł, co następuje:

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołujący II stwierdził, że zamawiający w Załączniku nr 4 – Zasady pracy (por. pkt 34 i pkt 35) zawarł następujące wymogi:

„34. Wykonawca w dniu podpisania umowy zobowiązany jest przedstawić Księgę Higieny Szpitalnej do akceptacji Zespołowi Kontroli Zakażeń Szpitalnych. Ostateczna akceptacja Księgi przez Zamawiającego nastąpi w terminie 14 dni. Wykonawca zobowiązuje się do przekazania Zamawiającemu formy elektronicznej dla zaakceptowanej wersji Księgi Higieny Szpitalnej oraz po jednym egzemplarzu w formie papierowej kopii Księgi do każdej jednostki organizacyjnej Szpitala, w której wykonywane są usługi objęte umową oraz do bieżącego aktualizowania zapisów w Księdze, po uprzednim ich uzgodnieniu z osobą wyznaczoną przez Zamawiającego do nadzoru nad realizacją umowy.

35. Księga Higieny Szpitalnej ma zawierać m.in. procedury i plany higieniczne, opisywać system powiadamiania pracowników, wykonujących czynności w trybie pilnym i całodobowo (system powiadamiania pracowników musi zapewnić tryb pilny i całodobowy realizacji zadań określonych w Załącznikach nr 1, 2 i 3).”

Odwolujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. Według odwołującego II dokumenty wchodzące w skład „Księgi Higieny Szpitalnej”, zawierające min. plan higieny wraz z doбором środków oraz procedury, winny być wymagane przez zamawiającego już na etapie składania ofert jako przedmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie zgodności oferty z przedmiotem zamówienia.

Odwolujący II stwierdził, że przeniesienie przynajmniej najważniejszych elementów Księgi Higieny Szpitalnej do oferty na potwierdzenie zgodności oferty z przedmiotem zamówienia pozwoli zamawiającemu na dogłębne zweryfikowanie wiedzy technologicznej wykonawców składających ofertę. Powyższy dokument opracowany jest w głównej mierze na podstawie planowanych do użycia przez wykonawcę środków do utrzymania czystości w środowisku szpitalnym. Prawidłowy ich dobór stanowi niezwykle istotny element profilaktyki zakażeń w placówkach ochrony zdrowia tym samym mając bezpośredni wpływ na zdrowie i życie pacjentów. Poprawny dobór środków ma kluczowe znaczenie w przedmiotowym postępowaniu w kontekście epidemiologiczno-sanitarnym. Zamawiający - na podstawie wykazu środków - będzie w stanie należycie ocenić czy dany wykonawca planuje zastosować środki postępowania właściwie dobrane do specyfiki poszczególnych obszarów środowiska szpitalnego.

Odwolujący II podkreślił, że aktualne postanowienia SWZ nie dają zamawiającemu gwarancji wyłonienia w postępowaniu podmiotu, który zagwarantuje Zamawiającemu właściwą realizację usługi w tak dużym obiekcie szpitalnym. Wymóg załączenia do oferty wykazu środków wyeliminuje także ryzyko ewentualnego przedłużenia się postępowania w

wypadku gdy dokument ten - dołączony pierwotnie do umowy - zawierałby błędy i wymagałby ich poprawiania w celu uzyskania akceptacji zamawiającego.

Odwolujący II wniósł o zmianę SWZ poprzez dodanie nowego punktu „PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE” zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym: „Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ofercie wykaz środków do mycia, dezynfekcji i konserwacji powierzchni przewidzianych do wykonania zamówienia uwzględniający: nazwę producenta, stężenie użytkowe, spektrum działania, przeznaczenie preparatu wraz z ulotkami i kartami charakterystyki.

W zakresie pkt 3 odwołujący II stwierdził, że zamawiający w pkt 21 SWZ wprowadził następujące postanowienie:

„Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:

21.1.1. Nazwa kryterium: Cena – 100 %”.

Odwolujący II zarzucił wadliwość przyjętej regulacji na gruncie przepisu art. 246 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p.

Odwolujący II podkreślił, że zamawiający ma obowiązek zastosować w postępowaniu - obok kryterium ceny - także dodatkowe, związane z przedmiotem zamówienia kryterium pozacenowe. Odwołujący potwierdził, że rozumie rolę i

wagę kryterium cenowego w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez podmioty publiczne, ale wskazuje jednocześnie, że zamawiający zobligowany jest kierować się nie tylko ceną, ale również bezpieczeństwem pacjentów.

Odwołujący II wskazał w szczególności na potrzebę zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualnymi konsekwencjami wynikającymi z wyłonienia w postępowaniu wykonawcy, który nie zagwarantuje należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewni należytego stanu sanitarno-epidemiologicznego szpitala.

W opinii odwołującego II obecnie zastosowane kryterium, tj.: 100% - cena, nie zabezpiecza w sposób należyty bezpieczeństwa zamawiającego zarówno w kontekście praktycznym, rozumianym jako zapewnienie przez danego wykonawcę właściwego stanu sanitarnego, jak i w kontekście formalnoprawnym, rozumianym jako obowiązek zastosowania kryteriów pozacenowych, który wynika z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący II wskazał, że jednym ze sposobów zapewnienia należytej realizacji zamówienia publicznego w kontekście bezpieczeństwa sanitarnego pacjentów jest zawarcie

wymogu posiadania przez wykonawcę certyfikatów wydanych przez niezależne, akredytowane instytucje, potwierdzających stosowanie certyfikowanych systemów zarządzania jakością. Mogą to być certyfikaty: Gwarant Czystości i Higieny, ISO 9001, ISO 14001 czy ISO 45001. Zakres tych certyfikacji daje zamawiającemu gwarancję, że podmiot, który uzyska w takim kryterium maksymalną ilość punktów w należyty sposób zapewni np.: dobór środków dezynfekcyjnych pod kątem właściwego spektrum działania, jak i prawidłowo będzie postępował z odpadami. Są to istotne elementy usługi wpływ na bezpieczeństwo zamawiającego o statusie podmiotu leczniczego. Ponadto ww. certyfikaty jakościowe wymagane w postępowaniu na poziomie kryteriów oceny ofert w żaden sposób nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania.

Odwołujący II wniósł o zmianę postanowienia pkt 21 SWZ według następującego brzmienia lub równoważnego:

1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:
 - 1) cena zamówienia – 60 %
 - 2) posiadanie certyfikatów jakościowych wystawionych przez jednostkę akredytowaną lub inną równoważną – 40%:
 - a) Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością wg wymagań normy ISO 9001:2015 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w jednostkach ochrony zdrowia oraz usług pomocowych dla pacjentów i transportu wewnątrzszpitalnego wystawiony przez jednostkę akredytowaną lub inną równoważną
 - b) Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę akredytowaną lub równoważną
2. Sposób obliczania wartości punktowej w kryteriach oceny ofert:
 - 1) Kryterium - cena zamówienia obliczane będzie wg zastosowania poniższego wzoru:

wartość punktowa = x 60

cena oferty badanej

Wykonawca w tym kryterium może uzyskać maksymalnie 60%

- 2) Kryterium - posiadanie certyfikatów jakościowych wydanych przez jednostkę akredytowaną lub równoważną będzie oceniane wg założeń:
- a) Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością wg wymagań normy ISO 9001:2015 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w jednostkach ochrony zdrowia oraz

pomocowych dla pacjentów i transportu wewnątrzszpitalnego wystawiony przez jednostkę akredytowaną lub inną równoważną – 20 pkt

- b) Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę akredytowaną lub równoważną – 20 pkt

Ww. kryterium będzie oceniane dla każdego rodzaju certyfikatu wymienionego w pkt 2 wg poniższych założeń:

- Wykonawca, a w przypadku konsorcjum każdy członek konsorcjum posiada - 20 punkt
- Wykonawca, a w przypadku konsorcjum niektórzy członkowie konsorcjum posiada – 10 pkt
- Wykonawca, a w przypadku konsorcjum żaden z członków konsorcjum nie posiada – 0 pkt

Wykonawca w niniejszym kryterium może uzyskać maksymalnie 40%.

3. Punkty wyliczone w każdym ww. kryterium zostaną zsumowane, w ten sposób Zamawiający uzyska ocenę końcową ofert.

4. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą wartość punktową oceny końcowej w kryteriach oceny ofert.
5. Obliczenia będą prowadzone z dokładnością do trzech miejsc po przecinku.
6. Maksymalna liczba punktów, możliwych do uzyskania przez wykonawców, będąca sumą wszystkich kryteriów wynosi 100,000.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 2 i 3.

Odnosząc się do zarzutu 2 zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający jako gospodarz uznał że na etapie składania ofert żądanie przedmiotowych środków dowodowych wskazanych przez odwołującego II jest nieuprawnione, tym bardziej że ustawodawca nie narzuca takiego obowiązku na zamawiającego. Nadmienić należy, że Księga Higieny Szpitalnej jest dokumentem, który podmiot wyłoniony ma obowiązek przedstawić zamawiającemu do akceptacji w przeciągu 14 dni po zakończonym postępowaniu przetargowym. Jest to dokument, którego przygotowanie wymaga skrupulatności, szczególności ze względu na specyfikę procedur realizowanych w

poszczególnych obszarach USKwB. Księga Higieny Szpitalnej winna być jednostkowo opracowywana z tym wykonawcą, który wygra przetarg z uwagi na skrupulatność, drobiazgowość jakim jest Księga. Należy przy tym zauważyć że powinna ona być sporządzona we współpracy z zamawiającym, aby spełniała wymogi stawiane przez szpital kliniczny posiadający pod swoją opiekę najmłodszych pacjentów jakimi są skrajnie wcześniaki po przez pacjentów onkologicznych którzy mają zmniejszoną odporność a kończąc na wysokospecjalistycznych zabiegach operacyjnych na trzech blokach operacyjnych (np.: neurochirurgicznym, kardiologicznym, naczyniowym). Księga Higieny Szpitalnej po zawarciu umowy z wykonawcą wraz z Zespołem Zakażeń Szpitalnych, Naczelną Pielęgniarką i Dyrektorem ds. medycznych jest szczegółowo omawiana, doprecyzowywana pod każdym względem jakości pracy, ale i środków dezynfekcyjnych, myjących, ponieważ zamawiający jako szpital ma aktualną wiedzę dotyczącą spektrum działania tych środków na obecną florę bakteryjną jaka jest w szpitalu. Księga Higieny Szpitalnej to nie tylko „czym jest myte i dezynfekowane”, ale przede wszystkim to procedury dla tych pracowników, czyli wykonawcy, którzy w sposób bezpieczny – prawidłowy będą znać i respektować zapisy Księgi. Po zatwierdzeniu Księgi, czyli całego jego kształtu i treści przez Zespół Zakażeń Szpitalnych. Następnie wszyscy pracownicy szpitala klinicznego (około 3000 zatrudnionych) będą zobligowani do zapoznania się z zapisami Księgi, zasadami pracy i zastosowanymi środkami dezynfekcyjnymi. Gdyby Księga Higieny Szpitalnej była weryfikowana na poziomie przetargu nastąpił by ogromny chaos organizacyjno- epidemiologiczny, który wpłynąłby na bezpieczeństwo pracy w Szpitalu. Ponadto przygotowanie takiej księgi na etapie postępowania stwarza dodatkowe zbędne obciążenie i wymagania na ofercie, który uczestniczy w procesie przetargowym a niekoniecznie jego oferta zostanie wyłoniona jako oferta najkorzystniejsza.

Przystępujący EVER w pismach procesowych z dnia 23 lutego 2024 roku (zgłoszenie przystąpienia) oraz 10 marca 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu i pismach procesowych jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty wskazane w pkt. 1 i 4 odwołania podlegają oddaleniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący II nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z powyższego wynika, że legitymacja do wniesienia służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania. Fakt posiadania przez odwołującego interesu, uprawniającego go do wniesienia odwołania, podlega badaniu w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. W przypadku stwierdzenia braku tej przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania, podlega ono oddaleniu.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, który korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Zauważyć należy, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (damnum emergens), oznaczające każde pogorszenie

się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (lucrum cessans), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

W przypadku wnoszenia odwołania na treść zamówienia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia, a z takim odwołaniem mamy do czynienia w niniejszym przypadku, wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą.

W ocenie Izby odwołujący II nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący II stwierdził, że postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy P.z.p., a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy P.z.p. i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie, niemniej jednak tego nie uzasadnił.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych odwołujący II nie podnosił, że zaniechanie to uniemożliwia mu złożenie oferty zgodnej z ustawą P.z.p., ale że postanowienia SWZ nie dają zamawiającemu gwarancji wyłonienia w postępowaniu podmiotu, który zagwarantuje zamawiającemu właściwą realizację usługi w tak dużym obiekcie szpitalnym. W ocenie Izby okoliczność podnoszona przez odwołującego II pozostaje bez wpływu na możliwość złożenia przez niego oferty zgodnej z ustawą P.z.p.

Również podnosząc art. 246 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego wprowadzenia w kryterium oceny ofert kryteriów pozacenowych odwołujący II stwierdził, że zastosowane kryterium, tj.: 100% - cena, nie zabezpiecza w sposób należyty bezpieczeństwa zamawiającego zarówno w kontekście praktycznym, rozumianym jako zapewnienie przez danego wykonawcę właściwego stanu sanitarnego, jak i w kontekście formalnoprawnym, rozumianym jako obowiązek zastosowania kryteriów pozacenowych,

który wynika z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy P.z.p. Okoliczności te nie umożliwiają odwołującemu II złożenie oferty zgodnie z ustawą P.z.p.

Stwierdzenie braku interesu we wniesieniu odwołania obliży Izbę do oddalenia odwołania, co Izba orzekła w pkt. 2 sentencji wyroku.

Niezależnie od powyższego Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący II podniósł, że dokumenty wchodzące w skład „Księgi Higieny Szpitalnej”, zawierające min. plan higieny wraz z doбором środków oraz procedury, winny być wymagane przez zamawiającego już na etapie składania ofert jako przedmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie zgodności oferty z przedmiotem zamówienia. Zamawiający natomiast, w myśl załącznika nr 4 – Zasady pracy (pkt 34 i pkt 35), wymaga tego dokumentu dopiero na etapie podpisania umowy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych (w tym zakresie, iż plan higieny jest przedmiotowym środkiem dowodowym w rozumieniu art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. nie było sporu pomiędzy stronami) na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja „może żądać” oznacza, że zamawiający nie ma obowiązku wymagania przedmiotowych środków dowodowych innych niż wskazane w art. 104 i 105. Jest to jego uprawnienie, które zamawiający może zrealizować, jeżeli uzna je za konieczne do przeprowadzenia postępowania, a może też z niego zrezygnować. Rezygnacja z uprawnienia nie może być oceniana jako naruszenie art. 106 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił także, iż wymagany dokument nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Wręcz przeciwnie – żądanie jego złożenia wraz z ofertą i konieczność weryfikacji podczas prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia – mogłoby spowodować chaos organizacyjno-epidemiologiczny. Odwołujący II

nie zakwestionował stanowiska zamawiającego w tej kwestii, w związku z tym Izba uznała je za uzasadnione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 246 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wprowadzenia w kryterium oceny ofert kryteriów pozacenowych.

W zakresie tego zarzutu Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej, przy rozpoznawaniu analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu sygn. akt KIO 583/24. Również i w tym przypadku odwołujący II nie podniósł i nie udowodnił, że zamawiający nie określił wymagań jakościowych, zgodnie z art. 246 ust. 2 ustawy P.z.p., ani też, że wymagania jakościowe nie są zgodne ze wskazanym przepisem.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: