

**WYROK**  
z dnia 19 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 grudnia 2024 roku** przez wykonawcę **Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach**

przy udziale **Przystępujących**, zgłaszających przystąpienie **po stronie Zamawiającego:**

**1. „IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie;**

**2. Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę warunku udziału

w postępowaniu określonego w Dziale V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ i nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje

(w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej jedną usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątnięcia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz

z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno położniczego i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługi w ramach jednej umowy

tj. w ramach jednego zamówienia.

Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać co najmniej 1 usługę, o której mowa w opisie sposobu spełnienia warunku. W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:

a) co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,

b) podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.

Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust 2 lit. b tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji); oraz dostosowanie innych elementów dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia do wprowadzonej zmiany;

2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 568 ustawy Pzp;

3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach** w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Myślenicach** na rzecz **Odwołującego - Ever Medical Care Spółki**

**z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00gr** (słownie: osiemnastu tysięcy

sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz 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:**

.....

**KIO 4508/24**

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Usługa kompleksowego, specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych, administracyjnych i gospodarczych wszystkich jednostek i komórek organizacyjnych SPZOZ w Myślenicach, oraz transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego wraz z najem lokali użytkowych o łącznej powierzchni 57,20m<sup>2</sup> położonych w budynkach SPZOZ w Myślenicach na cele związane ze świadczoną usługą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 listopada 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U. S: 216/2024, 674205-2024. Modyfikacja dokumentów zamówienia została opublikowana w dniu 20 i 22 listopada 2024 roku.

Dnia 2 grudnia 2024 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na zmianie treści dokumentów zamówienia, opublikowanych przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniach 20 i 22 listopada 2024 roku, wobec treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) oraz i) Pzp i art. 17 ust.2 PZP poprzez ustanowienie dyskryminującego, niezachowującego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieuzasadnionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonego

w Dziale V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ, co w istocie spowodowało wyeliminowanie z postępowania uczciwej konkurencji i odebrało możliwość uzyskania zamówienia szerszemu gronu wykonawców;

2.art. 137 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie niczym nieuzasadnionej zmiany SWZ, której jedynym uzasadnieniem i celem było ograniczenie złożenia oferty przez potencjalnie zainteresowanych wykonawców;

3.art. 90 ust. 2 , art. 137 ust. 6 w zw. art. 16 Pzp w zw. z art. 138 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej określonego Dziale V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ, która jest zmianą istotną dla sporządzenia oferty przez Wykonawców i jednocześnie nie przedłużenie terminu składania ofert o minimalny okres na jej złożenie;

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w zakresie:

1) zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ

i nadanie mu brzmienia sprzed zmian opublikowanych w dniach 20 i 22 listopada 2024 roku

tj. przywrócenie następującego brzmienia warunku:

*„Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej jedną usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno położniczego i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.*

*Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługi*

w ramach jednej umowy

tj. w ramach jednego zamówienia.

Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać co najmniej 1 usługę, o której mowa w opisie sposobu spełnienia warunku. W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:

a) co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,

b) podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.

Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust 2 lit. b tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji);

2. przedłużenie terminu składania ofert do dnia 10 stycznia 2025 r., a w przypadku nie uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą niemożliwą do usunięcia na tym etapie postępowania,

3. na podstawie art. 536 ustawy Pzp zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia wniosku zakupowego, analizy potrzeb i wymagań lub analogicznego dokumentu inicjującego postępowanie, w którym wnioskodawca rekomendował warunki udziału w postępowaniu oraz dokumentu analizy potrzeb i wymagań na okoliczność właściwego ustalenia warunków udziału w postępowaniu przed dniem wszczęcia postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu wskazanego w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zmiana ogłoszenia o zamówieniu i zmienione dokumenty zamówienia zostały opublikowane w dniach 20, oraz 22 listopada 2024 roku. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania

02 grudnia 2024 roku.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego

w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty

i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Warunki zamówienia zaskarżone odwołaniem utrudniają Odwołującemu dostęp do zamówienia, tj. opracowanie

i złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia. Objęta odwołaniem czynność prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

W opublikowanej w dniu 06 listopada 2024 roku dokumentacji przetargowej, Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Dział V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ):

„Warunek wiedzy i doświadczenia: Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że

w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej jedną usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości

w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno-położniczego

i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego

o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie usługi w ramach jednej umowy tj. w ramach jednego zamówienia. Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać co najmniej 1 usługę o której mowa w opisie sposobu spełnienia warunku.

*W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub*

*w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta*

*z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:*

*a)co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,*

*b)podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.*

*Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust.2 lit. b/ tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on,*

*by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”.  
by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”.*

*W dniu 20 listopada 2024 roku Zamawiający dokonał następującej modyfikacji warunku udziału w postępowaniu:*

*„Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej dwie usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno-położniczego i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.*

*Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie usługi w ramach jednej umowy tj. w ramach jednego zamówienia. Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać co najmniej 1 usługę o której mowa w opisie sposobu spełnienia warunku.*

*W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub*

*w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta*

*z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:*

*c)co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,*

*d)podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.*

*Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust.2 lit. b/ tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on,*

*by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”.  
by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”.*

*Natomiast w dniu 22 listopada 2024 roku dokonał kolejnej zmiany warunku udziału*

*w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej i nadał mu następujące brzmienie:*

*„Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej dwie usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno-położniczego i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.*

*Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie usługi w ramach jednej umowy tj. w ramach jednego zamówienia. Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać co najmniej 2 usługi o których mowa w opisie sposobu spełnienia warunku. W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub*

*w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta*

*z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:*

*c)co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,*

d) podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.

Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust 2 lit. b/ tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”

Odwolujący wskazał na niekonsekwencję po stronie Zamawiającego, który w toku prowadzonego postępowania z własnej inicjatywy, bez żadnego znanego Odwołującemu powodu, dokonuje modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy radykalnie go zaostrzając.

Odwolujący nie neguje uprawnień Zamawiającego do dokonywania zmian w dokumentacji postępowania w myśl art. 137 ust. 1 Pzp, o ile takie są uzasadnione, natomiast należy wziąć pod uwagę, że to okres poprzedzający opublikowanie postępowania jest czasem na ustalenie tak kluczowych elementów SWZ jak warunki udziału w postępowaniu, a czas od opublikowania postępowania do upływu terminu składania ofert powinien służyć wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem zamówienia do zapoznania się z dokumentacją przetargową oraz do przygotowania ofert. W tym czasie Wykonawcy mogą również wnosić o złagodzenie warunków udziału w postępowaniu tak, aby rozszerzyć konkurencyjność postępowania i umożliwić im złożenie oferty.

Nie jest to czas dla kreowania przez Zamawiającego zupełnie nowych warunków udziału w postępowaniu (w szczególności zaostrzających pierwotne wymagania).

Zamawiający jest podmiotem doświadczonym na rynku zamówień publicznych i od wielu lat prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego, specjalistycznego sprzątnięcia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych, administracyjnych i gospodarczych wszystkich jednostek i komórek organizacyjnych SPZOZ w Myślenicach, oraz transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie. Powyższe doświadczenie dało Zamawiającemu znajomość rynku oraz umożliwiło wypracowanie istotnych elementów SWZ, jak chociażby kryteria oceny ofert czy warunki udziału w postępowaniu, co do których brzmienia Zamawiający zdawał się być do tej pory przywiązany.

Zamawiający przygotowując postępowanie oraz dokonując analizy swoich potrzeb i wymagań ustalił na dzień wszczęcia postępowania określone warunki udziału w postępowaniu. Budzącym istotne wątpliwości jest działanie, kiedy to już w trakcie postępowania w przeciągu kilkunastu dni Zamawiający zmienia zdanie co do wypracowanych w trakcie przygotowania postępowania warunków podwyższając je. Wydaje się, że jedyną okolicznością, która wpływa na decyzję Zamawiającego jest powzięcie wiedzy o liczbie zainteresowanych postępowaniem wykonawców, lub o wykonawcy, którego nie życzy sobie Zamawiający, na podstawie zgłoszonych pytań do SWZ czy też danych dot. wykonawców, którzy pobrali treść dokumentacji postępowania z platformy zakupowej Zamawiającego.

Sytuacja polegająca na dwukrotnym zaostrzeniu warunku spowodowała, że wykonawcy zostali pozbawieni możliwości należytego przygotowania oferty, bowiem dokonana zmiana kreuje zupełnie nowe wymagania dot. możliwości ubiegania się

o zamówienie tj. podwyższa warunek w stosunku do pierwotnego jego brzmienia w ten sposób, że zamiast wykazania się doświadczeniem w realizacji jednej specjalistycznej usługi, co do realizacji której przedstawiono szereg warunków (liczba łóżek, konkretne oddziały, wartość usługi) wymagane jest podwójne doświadczenie w realizacji takiej usługi.

Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 83 Pzp i poprzedzającym ogłoszenie postępowania jest dokonanie analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego, uwzględniające rodzaj i wartość zamówienia. Obowiązek ten obejmuje nie tylko obowiązek weryfikacji możliwości realizacji zamówienia w ramach własnych zasobów, ale także rozważenie różnych możliwości przeprowadzenia postępowania i ryzyk z nimi związanych.

Zatem już na dzień składania ofert Zamawiający zweryfikował warunki, które są wystarczające dla wybrania wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia

w sposób należyty. Wymagał również od tego wykonawcy dodatkowych certyfikatów

w kryterium jakości czym uprawdopodobnił fakt wyboru wykonawcy, który nie tylko ma wystarczające doświadczenie w realizowaniu zamówienia, ale również gwarantuje odpowiednią jakość. Kolejne zmiany warunku poprzez jego zaostrzenie mogą mieć jedynie na celu bezpodstawne wyeliminowanie wykonawców zainteresowanych ubieganiem się

o zamówienie i zdolnych do jego wykonania. Zamawiający dokonuje modyfikacji warunku udziału dot. zdolności technicznej lub zawodowej w sposób zupełnie nietypowy, bowiem odwrotny od tego, który zaobserwować można na

rynku zamówień publicznych. Szereg zamawiających pierwotnie określa warunki wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia, a następnie dokonuje ich modyfikacji, aby nadać im zgodność z przepisami Pzp oraz rozszerzyć krąg wykonawców, którzy będą mogli należycie wykonać zamówienie. Tymczasem Zamawiający pierwotne brzmienie warunku określił w sposób zgodny z art. 16 Pzp, a następnie zmodyfikował je, aby radykalnie ograniczyć krąg wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o uzyskanie tego zamówienia.

Działanie Zamawiającego jest również niezgodne z jego dodatkowymi doświadczeniami, logiką oraz praktyką. W poprzednio prowadzonych postępowaniach na tożsamą usługę Zamawiający warunek udziału w postępowaniu określił w zupełnie innym - konkurencyjnym - brzmieniu. W postępowaniu pn. „Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego wraz z przejściem 8 pracowników (...) numer referencyjny: 53/PN/20, warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej brzmiał on następująco: „warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę w charakterze ciągłym tzn. codziennym, świadczoną przez co najmniej kolejne 12 miesięcy, odpowiadającą przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywanie transportu wewnętrznego przy pomocy urządzeń bez napędu elektrycznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego, w pomieszczeniach, w których świadczone są usługi medyczne i/lub prowadzona jest działalność lecznicza. Wartość usługi uznanej za spełniającą warunek nie może być niższa niż 3 000 000 PLN brutto.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi.

Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie usługi w ramach jednej umowy.

Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden Wykonawca musi wykonać co najmniej 1 usługę, o której mowa w opisie warunku.

W przypadku Wykonawców składających wspólną ofertę lub w przypadku, gdy Wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:

a) co najmniej jednego Wykonawcę wchodzącego w skład zespołu Wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,

b) podmiot trzeci, na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.

Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy Wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy Wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie;”

Podobnie został ustalony warunek w postępowaniu pn. „Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych

i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego”; numer postępowania: 17-PN-23. Tożsamo określono warunek udziału w powtórzonym z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia postępowaniu pn. „Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego”; numer postępowania: 11-PN-24.

Odwolujący zwrócił uwagę, że w przypadku poprzednich postępowań na realizację zamówienia Zamawiający określił warunek na zdecydowanie niższym poziomie zarówno

w zakresie wymagań dotyczących podmiotu, na rzecz którego świadczona miała być usługa jak i określając wartość usługi na znacznie niższym poziomie. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem w realizacji usługi utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz transportu wewnętrznego i pomocy przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego. W obecnym postępowaniu Zamawiający zaostrzył wymagania dot. podmiotu, na rzecz którego miała być świadczona usługa wskazując, że usługa sprzątnia, transport wewnętrzny i pomoc przy pacjencie powinna być świadczona na rzecz szpitala posiadającego minimum 250 łóżek oraz oddział ginekologiczno-położniczy i neonatologiczny, anestezjologii

i terapii, a także blok operacyjny. Tym samym po pierwsze Zamawiający w ubiegłych latach uznawał za spełniające warunek usługi realizowane w pomieszczeniach szpitalnych, a jeszcze wcześniej, bo w 2020 roku, w których świadczone są usługi medyczne / prowadzona jest działalność lecznicza, zaś obecnie wymaga doświadczenia w realizacji czynności w szpitalach o określonych parametrach.

Zamawiający bardzo szczegółowo określił strukturę organizacyjną szpitala, na rzecz którego usługą można się wykazać spełniając warunek udziału w postępowaniu, co stanowi istotne ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że szpital ten musi mieć minimum oddział ginekologiczno-położniczy i neonatologiczny, anestezjologii

i intensywnej terapii, a także blok operacyjny. Zamawiający nie poprzestał na określeniu struktury organizacyjnej szpitala, bowiem wskazał również minimalną liczbę łóżek w szpitalu, która ma wynosić co najmniej 250. Zamawiający tym samym posłużył się aż dwoma parametrami określając wielkość szpitala.

Zdefiniowanie szpitala w ten sposób, że wskazano minimalne wymagane oddziały na nim ma istotne znaczenie, ponieważ nie każdy szpital to szpital wielooddziałowy, który posiada wszystkie wymagane przez Zamawiającego oddziały. Na rynku występuje szereg szpitali, które diametralnie różnią się strukturą oddziałową, niektóre mimo posiadania większej liczby łóżek niż określono w warunku, nie będą spełniały wymogów dotyczących oddziałów. Niektóre szpitale nie zlecają realizacji usług sprzątnia, transportu i czynności pomocowych w ramach zamówienia publicznego, lecz wykonują je przy udziale własnego personelu, a jeszcze inne zlecają te usługi w ramach postępowania w ograniczonym zakresie (np. szpital w Aninie, który swego czasu zlecał czynności na wszystkich oddziałach prócz bloku operacyjnego).

Odwołujący uważa, że wystarczającym określeniem wielkości szpitala jest liczba łóżek, która świadczy o tym, że należy wykazać się doświadczeniem w szpitalu o dużym natężeniu pacjentów.

Jednocześnie usługi utrzymania czystości w szpitalach należy uznać za takie, które mają co do zasady ustalony standard jakościowy, bowiem wymagania odnośnie dezynfekcji, używanych środków czy procedur są w zasadzie analogiczne. Przedmiotem zamówienia są usługi sprzątnia, transportu i czynności pomocowych zleconych przez personel medyczny, które nie mają charakteru skomplikowanego i nie różnią się zasadniczym sposobem wykonania.

Kolejną różnicą pomiędzy brzmieniem warunku z poprzedniego postępowania, a obecnym jest wartość usługi, która wzrosła z 3 000 000,00 zł do 5 000 000,00 zł, a więc o prawie 70,00%. Jest to minimalna wartość usługi wymagana do osiągnięcia w ciągu 12 miesięcy. Powyższe również świadczy o rozmiarze realizacji usługi, a w konsekwencji nabytym doświadczeniu.

W poprzednim postępowaniu Zamawiający nie określił bowiem minimalnej wymaganej liczby łóżek, ani wymaganych oddziałów, a roczna wartość usługi jest prawie o połowę niższa niż w obecnym warunku.

Zamawiający publikując postępowanie z dużo bardziej rygorystycznym warunkiem udziału, a następnie dokonując modyfikacji warunku poprzez jego zaostrenie, zawęził znacznie krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o realizację zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający przez wiele ostatnich lat przeprowadził szereg postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątnia w oparciu o nawet łagodniejszy niż pierwotnie zastosowany w postępowaniu warunek. Zawsze wymagał jednego doświadczenia o określonych cechach. Wymóg taki każdorazowo pozwalał mu na wybór wykonawcy, który spełniał jego oczekiwania i dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia, w tym wykonawcę, który obecnie świadczył usługę. Co więcej nawet poprzednie, znacznie łagodniejsze niż obecne wymagania znacząco ograniczały rynek wykonawców o czym świadczy fakt, że w każdym z postępowań prowadzonych w ciągu ostatnich 4 lat (za wyjątkiem ostatniego) Zamawiający otrzymywał 2 oferty, przy czym każdorazowo oferta konsorcjum Impel była najkorzystniejsza. Takie zawężenie rynku skutkowało otrzymywaniem ofert z wysokimi cenami, niejednokrotnie przekraczającymi budżet Zamawiającego.

Mimo takiego stanu faktycznego Zamawiający w tym postępowaniu podniósł warunki dokładając do wymaganego doświadczenia jeszcze dodatkowe wymagania (specjalizacje sal, wyższe wynagrodzenie, liczba łóżek). A jak w trakcie postępowania to okazało się niewystarczające i nie wyeliminowało wystarczającej liczby wykonawców Zamawiający w trakcie postępowania jeszcze podwoił ten już zaostreny warunek. Zabieg ten pozwala mu wyeliminować z konkurencji Odwołującego, który w poprzednim postępowaniu po raz pierwszy od lat złożył ofertę trzecią, w tym najkorzystniejszą cenowo.

Działanie to nie wynikało z analizy rynku dokonanej przed wszczęciem postępowania, z analizy potrzeb i wymagań, czy też wniosku zakupowego, lecz z inicjatywy samego Zamawiającego podjętej po tym jak pozyskał wiedzę o zainteresowanych wykonawcach. Jedynym celem tego działania było wyeliminowanie wykonawców „niechcianych” a nie ukształtowanie warunku w sposób racjonalny, efektywny czy proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Nie można również mówić, że kwestionowana zmiana SWZ jest uzasadniona w rozumieniu art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, czy też została wykonana w sposób przejrzysty, proporcjonalny czy z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający powinien mieć na uwadze, że ustalanie bardziej wygórowanych warunków udziału, spowodować może otrzymanie ofert z cenami przekraczającymi jego budżet. Im bardziej rygorystyczne warunki udziału w postępowaniu, tym konkurencja na rynku jest niższa, co umożliwia wykonawcom zaoferowanie wyższych cen bez obawy, że pojawi się konkurencja, która bardziej optymalnie skalkulowała koszt realizacji zamówienia i przyjęła mniejszy zysk.

Świetnym przykładem postępowania, w którym Zamawiający tak określił warunki udziału w postępowaniu, że

umożliwiały one wybór wykonawcy z doświadczeniem, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a jednocześnie nie zamknęły rynku do kilku największych wykonawców jest tegoroczne postępowanie przeprowadzone przez Zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, na usługę kompleksowego sprzątnia, czynności pomocniczych i transportu wewnętrznego. Po konieczności unieważnienia pierwszego postępowania, w drugim obniżono warunek i wpłynęło więcej ofert niż w pierwszym postępowaniu i powtórzone postępowanie zakończyło się wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy. Co istotne, cena zaoferowana przez wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą okazała się nie tylko ceną mieszczącą się w budżecie Zamawiającego, ale nawet znacznie niższą od budżetu.

Powyższy przykład jasno ukazuje jakie realne korzyści dla Zamawiającego niesie ustalenie warunków udziału, które umożliwiają wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie zamykają rynku dla wykonawców

i nie pozostawiają otwartych drzwi do uzyskania zamówienia tylko dla nielicznych, największych wykonawców w branży.

W ostatnim roku Odwołujący uzyskał obniżenie warunków także w innych postępowaniach m.in. w Toruniu i Świętochłowicach. Każdorazowo tam, gdzie zamawiający zmniejszali warunek (np. z dwóch do jednego doświadczenia) uzyskiwali wzrost liczby ofert i wymierne korzyści finansowe.

Tymczasem Zamawiający w tym postępowaniu w ocenie Odwołującego tak zmodyfikował warunek udziału, aby uniemożliwić realną konkurencję pomiędzy potencjalnymi wykonawcami i wyeliminować z niej wielu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, możliwe, że w sytuacji, gdy powziął wiedzę o wzmożonym zainteresowaniu tym postępowaniem. Dla Odwołującego niezrozumiałe jest aktualne zachowanie Zamawiającego, który jeszcze bardziej ogranicza rynek stawiając zbyt wygórowane warunki udziału

w postępowaniu. Skoro bowiem Zamawiający już w przed publikacją dokonał wnikliwej analizy treści warunku, o czym świadczy jego istotna modyfikacja względem warunku ustalonego

w poprzednim postępowaniu, a następnie kilka dni po publikacji zaostrzył go z niewiadomych przyczyn, świadczyć to może wyłącznie o próbie ograniczenia rynku i przygotowaniu dokumentacji postępowania z myślą o ograniczonej grupie wykonawców, a być może nawet

o jednym wykonawcy, który obecnie realizuje to zamówienie. Takie uprzywilejowanie jednego wykonawcy jawnie narusza zasady zamówień publicznych jakimi są zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Brak jest racjonalnego uzasadnienia dla wprowadzania kolejnej zmiany warunku udziału po jego wszczęciu, natomiast zakres zmian i ich rozległość wskazuje, że Zamawiający zawęży warunek do specyficznego doświadczenia, którego nie posiada każdy wykonawca działający na rynku, który specjalizuje się w świadczeniu usług sprzątnia, transportu

i czynności pomocowych przy pacjencie na rzecz szpitali. Z kolei fakt, że wprowadzenie zmiany polegającej na podwojeniu tego warunku miało miejsce, gdy Zamawiający uzyskał już pewną wiedzę na temat zainteresowania tym postępowaniem na rynku, może jednoznacznie wskazywać na zamiar Zamawiającego wyeliminowania konkurencji dla obecnie realizującego wykonawcy w obawie, że może okazać się najkorzystniejsza i zamówienia nie uzyska ów konkretny wykonawca.

Przez ostatnie lata Zamawiający nie dokonywał modyfikacji warunku. a dokonał istotnych zmian w jego brzmieniu po ostatnim postępowaniu, w którym ofertę po raz pierwszy złożył również Odwołujący, a zaoferowana przez niego cena okazała się najniższa, natomiast minimalnie przekroczyła ona budżet Zamawiającego.

W pierwotnym brzmieniu warunku Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji 1 usługi, aby po kilku dniach od publikacji ogłoszenia, dokonać jego zmiany, tj. podwojenia wymaganej liczby usług, prowadzącego w praktyce do wykluczenia znacznej części doświadczenia posiadanego przez potencjalnych wykonawców. Zmiana ta jasno wskazuje, że celem jej wprowadzenia nie miało być uzyskanie ofert od wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, lecz eliminacja z udziału

w postępowaniu wykonawców poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, które nie stanowią minimalnych poziomów zdolności i nie służą wykazaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, zamawiający określa warunki udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Takie minimalne poziomy zdolności dające rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia zostały określone zarówno w pierwotnym brzmieniu treści warunku. Z analizy zmian wprowadzonych w treści warunku, jasno wynika, iż dokonane modyfikacje nie mają na celu uzyskania ofert od wykonawców, którzy zapewnią należyłą realizację zamówienia lecz wyśrubowanie warunku pod bardzo ograniczoną grupę wykonawców. Zamawiający na skutek modyfikacji warunku nie dokonał zmiany zakresu czynności wchodzących w przedmiot usługi, lecz zawyżył wymagania

co do liczby tych usług. Poprzednio ustalona liczba usług jest wystarczająca w celu nabycia stosownego doświadczenia w należytej realizacji usługi. Ponadto w ramach warunku wykonawca ma wykazać się co najmniej 12 miesiącami doświadczenia, co samo w sobie świadczy

o powtarzalności polegającej na realizowaniu usługi o danych cechach przez długi okres,

a więc potwierdza posiadanie danego doświadczenia i w wystarczającym stopniu świadczy

o legitymowaniu się stosownymi umiejętnościami. Właśnie czas trwania wynoszący

co najmniej 12 miesięcy oraz minimalne wynagrodzenie, które w tym okresie wykonawca powinien osiągnąć świadczą o szerokim zakresie usługi, którą wykonawca musiał wykonywać, aby spełnić te parametry.

Wskazanie czynności, które musiały być wykonywane w ramach usługi tj. „*usługa kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno-położniczego i neonatologicznego, anestezjologii*

*i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw*” świadczą o poziomie zaawansowania usług, które realizowane są przez określone grono wykonawców specjalizujących się w realizacji usług utrzymania czystości na rzecz podmiotów leczniczych. Przykładowo Wykonawca specjalizujący się w utrzymaniu czystości powierzchni biurowych, nie spełni tak skonstruowanego warunku, nawet jeśli świadczyć będzie usługi na rzecz np. przychodni lekarskich zawierających pokoje zabiegowe. Zamawiający

w warunku przemycił bowiem jeden kluczowy wymóg, tj. doświadczenie w świadczeniu usług na bloku operacyjnym.

Nawet wykonawca świadczący usługi utrzymania czystości

w szpitalach, lecz na wybranych oddziałach, nie spełnia tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym zdublowanie doświadczenia, które już zostało określone na bardzo wysrubowanym w stosunku do przedmiotu zamówienia poziomie narusza art. 112 i art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Już świadczenie przez 12 miesięcy pozwala wykonawcy nabyć wymagane doświadczenie, gdyż co miesiąc de facto wykonawca jest rozliczany z należytej realizacji usługi. Tak opisany zakres usługi świadczy o specyfice nabytego doświadczenia i w dużym stopniu ogranicza rynek wykonawców do podmiotów świadczących konkretny zakres usług na rzecz podmiotów leczniczych.

Z uwagi na fakt, że stosowaną praktyką działalności szpitali jest zlecenie usługi utrzymania czystości podmiotom zewnętrznym z wyłączeniem bloków operacyjnych, na których utrzymanie czystości realizowane jest zazwyczaj przez pracowników szpitala, Zamawiający de facto dokonuje podwójnej filtracji wykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że wiele szpitali zleca usługi utrzymania czystości podmiotom zewnętrznym z wyłączeniem bloków operacyjnych.

Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału 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.

Zamawiający podczas konstruowania warunku udziału powinien wziąć pod uwagę rodzaj zamówienia, stopień jego skomplikowania, zakres wymaganych wiadomości czy też konieczność posiadania umiejętności specjalnych. Usługi utrzymania czystości oraz pomocy przy pacjencie nie są usługami wymagającymi wiadomości specjalnych oraz nadzwyczajnie skomplikowanymi, wymagającymi szczególnych umiejętności. Można pokusić się wręcz

o stwierdzenie, że kluczem do sukcesu w przypadku tego typu usług jest dobre administrowanie kontraktem pod kątem organizacji pracy zespołu oraz posiadanie przeszkolonego personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Odwołujący podkreśla,

że sama usługa sprzątnia i pomocy przy pacjencie nie jest skomplikowana, ani nie stanowi szerokiego zakresu czynności, wobec czego nie wymaga wielomiesięcznego przeszkolenia

w celu nabycia stosownych umiejętności. Wobec tego wymóg świadczenia co najmniej dwóch usług jest wymogiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a także nieodpowiadającym uzasadnionym potrzebom Zamawiającego.

Przepisy Pzp nakazują Zamawiającemu przygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Dlatego też Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem Zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej

efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych, przeznaczonych na realizację danego zamówienia.

Odwołujący podkreślił także brak uzasadnienia dla wprowadzenia modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej określonej w Dziale V pkt 1 pkt 1 SWZ.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie ma dowolnej swobody w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, lecz każdorazowo powinien wyważyć je w ten sposób, aby zachować równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań eliminować z udziału w postępowaniu. Ponadto warunki udziału powinny być ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia oraz uwzględniać stopień jego skomplikowania (tak wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2097/22; wyrok KIO z dnia 06 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 632/1; wyrok KIO z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2043/18; wyrok KIO z dnia 10 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2654/20, następnie wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08; wyrok ETS z 27 października 2005 r. w sprawie C-234/0; wyrok ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 wyrok ETS z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08).

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający, który chce uzyskać jak najlepszą jakość świadczonych usług ma do tego inne stosowne narzędzia, jakim są pozacenowe kryteria oceny ofert, z którego nota bene Zamawiający w tym postępowaniu skorzystał ustalając kryterium jakościowe, gdzie aż 40,00 pkt jest możliwe do uzyskania za posiadanie certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” oraz certyfikatu Systemu Zarządzania Jakością.

W ocenie Odwołującego jedynym celem podniesienia warunku było wyeliminowanie konkurencyjnych wykonawców.

Na koniec Odwołujący zauważył, że Zamawiający dwukrotnie podniósł warunek nie przedłużając terminu składania ofert, co narusza art. 90 ust.2, art. 16 Pzp w zw. z art. 137 ust. 6 i art. 138 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

W świetle przedstawionych okoliczności Odwołujący uważa, odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który chce złożyć ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Ustalenie warunków udziału w postępowaniu na nadmiernym poziomie godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) IZAN+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie;
- 2) Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszeń Wykonawców i dopuściła ich jako Przystępujących. Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że w odwołaniu i innych pismach procesowych prawidłowo przedstawiono stan faktyczny, a także zapisy SWZ i innych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ofert. Nie zachodziła konieczność czynienia dodatkowych ustaleń przez Izbę.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutów nr 1 i 2 oraz umorzeniu na podstawie art. 568 ustawy Pzp w zakresie zarzutu nr 3.

W ramach rozważań ogólnych dostrzeżenia wymaga, iż celem ustalenia warunków udziału jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Przy czym zauważyć należy, że przepisy ustawy Pzp precyzują, że warunki muszą odzwierciedlać poziom adekwatny do celów zamawiającego. Nie mogą mieć one ani charakteru marginalnego ani nadmiernego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że 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.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że

proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności.

Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że ustalając warunki udziału w postępowaniu dokonał tej czynności z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Izba nie uważa, że warunek ustalono biorąc pod uwagę *względy dotyczące wymogów świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia i warunków świadczenia usług medycznych, jak i bezpieczeństwo pacjentów*. Ani Zamawiający, ani przystępujący po jego stronie Wykonawcy nie wykazali związku przyczynowo-skutkowego między liczbą zrealizowanych usług o podobnym charakterze a spadkiem zagrożenia epidemiologicznego, o którym tak szeroko rozpisywano się w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego Optima Care. Zamawiający nie przedstawił przykładów innych postępowań, czy znanych mu przypadków z jednostek o podobnym poziomie referencyjności, że istnieje powiązanie między wystąpieniem zagrożenia epidemiologicznego a doświadczeniem zawodowym wykonawcy, który daną usługę realizuje. Ze złożonego przez Odwołującego Raportu NIK na temat zagrożeń epidemiologicznych w podmiotach leczniczych wynika, że to różne czynniki wpływają na poziom zagrożenia epidemią w szpitalach. Wśród tych czynników nie ma znaczenia decydującego doświadczenie zawodowe podmiotu wykonującego kompleksowe usługi utrzymania czystości. Często są to czynniki zewnętrzne w stosunku do jednostki, często jest to nieprzestrzeganie ustalonych procedur medycznych lub niedoskonałość tych procedur. Tak więc wymaganie w warunku posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług o skomplikowanym zakresie przedmiotowym, w wysokim reżimie sanitarnym na określonych oddziałach za określoną kwotę przy odpowiednio długim okresie wykonywania tych czynności nie spowoduje po stronie Zamawiającego zmniejszenia ryzyka epidemiologicznego. Zatem treść zmienionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie dąży do osiągnięcia zakładanego celu postępowania.

Izba absolutnie nie przeczy, że sposób wykonywania usług kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu, jak również wymogi dotyczące jego realizacji potwierdzające konieczność posiadania odpowiednich kompetencji, doświadczenia, czy przeszkolonego personelu przez wykonawców służą zachowaniu także wysokiego reżimu sanitarnego, jednakże zachowanie tych elementów można osiągnąć w inny sposób niż przez wymaganie doświadczenia w realizacji dwóch usług przy jednoczesnym wysokim poziomie skomplikowania warunku. Przykłady takich działań podaje sam Zamawiający.

Jest to odpowiednie przygotowanie planu higieny, z uwzględnieniem wskazówek i wymagań Zamawiającego, w tym personelu medycznego i osób odpowiedzialnych za kontrolę zakażeń, prowadzenie ciągłych szkoleń doskonalących umiejętności personelu, właściwy nadzór jednostek odpowiedzialnych za zachowanie nadzoru zakażeń. Następnie Zamawiający celnie zauważa, że znaczenie może mieć doboru środków i preparatów, przy pomocy, których będzie realizowane zamówienie. Są to elementy opisu przedmiotu zamówienia i warunków umownych, których Odwołujący nie kwestionuje, a które Zamawiający uwzględnił

w prowadzonym postępowaniu więc cel tego postępowania nie wydaje się zagrożony.

Zamawiający złożył wraz z odpowiedzią na odwołanie załącznik nr 1 – Wykaz szpitali porównywalnych do SP ZOZ Myślenice, podnosząc że, *występuje co najmniej ponad 200 szpitali o bardzo zbliżonej infrastrukturze. Przy występowaniu ponad 200 podmiotów leczniczych o zbliżonym charakterze, na rynku istnieje z pewnością wiele podmiotów, które postawione warunki mogą spełnić*. Takie przedstawienie sytuacji dowodzi, że Zamawiający zaniechał oceny informacji o występowaniu na rynku zamówień o podobnym charakterze

i złożoności, choć twierdzi, że ją przeprowadził. Zamawiający przedstawił załącznik o pewnej treści, nie analizując, które z tych jednostek i w jakim zakresie prowadziły postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego o kwotowo i przedmiotowo zbliżonym do Zamawiającego profilu warunku. Na tym zaś powinno polegać rozeznanie rynkowe, czy na danym rynku istnieje co najmniej kilka podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie u Zamawiającego. Występowanie nawet dużej liczby podmiotów o podobnym profilu usług medycznych nie świadczy o proporcjonalności ustalonego przez Zamawiającego warunku. Z tego wykazu nie wynika w jakiej liczbie jednostek wymienionych na liście wykonawcy uczestniczący w danym segmencie rynku mogli zdobyć doświadczenie adekwatne do wymogów Zamawiającego.

W opozycji do tego wykazu Odwołujący złożył Zestawienie – opracowanie własne (dowód nr 17), z którego wynika jak warunki udziału w postępowaniu ustalają duże jednostki medyczne, jaka jest wartość realizowanych umów, jakie podmioty ubiegały się o dane zamówienia, jakie podmioty realizują umowy. Przede wszystkim wykaz pokazuje, że

wartość umów znacząco

*in minus* odbiega od ustalonej przez Zamawiającego. Tym samym nawet zdobycie doświadczenia w tych jednostkach nie umożliwia danemu wykonawcy ubiegania się o zamówienie u Zamawiającego.

Co do doświadczenia i umiejętności właściwego odczytywania potrzeb pracowników medycznych szpitala, sposobu funkcjonowania szpitala, rodzaju i częstotliwości wykonywanych przez szpital procedur medycznych, stanu budynku szpitala oraz od innych zmiennych np. od tego, czy w szpitalu toczy się remont, czy też nie, to weryfikacji tych elementów nie służy warunek udziału w postaci wiedzy i doświadczenia. Gdyby zgodzić się z Zamawiającym, to uprawnioną byłaby teza, że tylko podmiot, który współpracował z Zamawiającym jest w stanie należycie wykonać zamówienie, ponieważ tylko taki podmiot zna stan budynku szpitala Zamawiającego, zna sposób funkcjonowania jednostki Zamawiającego, rodzaje procedur medycznych. Zwrócić uwagę należy, iż w prowadzonym postępowaniu Zamawiający przewidział przeprowadzenie wizji lokalnej, zaś pozostałe elementy mogą zostać ustalone po podpisaniu umowy, przed rozpoczęciem świadczenia usług. Poza tym ta argumentacja ponownie nie odnosi się do liczby wymaganych przez Zamawiającego usług referencyjnych. Skoro istotna jest znajomość specyfiki jednostki, a każdą jednostkę charakteryzuje pewna odrębność, to liczba zrealizowanych usług nie wpłynie na tak rozumiane przez Zamawiającego umiejętności wykonawcy.

Poddając analizie argumentację z odwołania związaną z parametrami usługi referencyjnej jakimi jak ilości łóżek, zakres wymaganego doświadczenia na poszczególnych oddziałach, wartość usług referencyjnych i czasu wykonywania usługi referencyjnej, Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający ustalił warunek na wysokim poziomie. Oczywistym wydaje, że Odwołujący powyższą argumentację przedstawił celem podkreślenia, że takie zbudowanie warunku na podstawie wskazania poszczególnych oddziałów i bloku operacyjnego jest wystarczające do wyłonienia w postępowaniu wykonawcy gwarantującego należyte wykonywanie usług bowiem zdobycie doświadczenia przy wykonywaniu usług

w jednostkach objętych specjalistycznym podziałem jest wystarczające do realizacji usługi

u Zamawiającego i wykazania się poziomem doświadczenia gwarantującym należyte wykonanie usług. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i przystępujących po jego stronie Wykonawców, że argumenty te należy uznać za spóźnione. Dostrzeżenia wymaga,

iż Odwołujący tych elementów zakresu przedmiotowo-wartościowego warunku nie kwestionuje, ale podkreśla, iż to właśnie one, jako adekwatne do przedmiotu zamówienia pozwolą Zamawiającemu zrealizować cel prowadzonego postępowania i odnoszą się do kluczowego charakteru zamawianych usług - pomocniczego wobec świadczenia usług medycznych.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu zastrzył warunek udziału

w postępowaniu, choć w poprzednich postępowaniach ustalił i wymagał go na poziomie

1 usługi. Jednocześnie Zamawiający nie argumentował, że nowa konstrukcja warunku podyktowana jest negatywnymi doświadczeniami współpracy z jakimś konkretnym wykonawcą, czy też wystąpieniem innych problemów w toku realizacji zobowiązań umownych. Skoro zaś przy podobnym opisie przedmiotu zamówienia, zakresie przedmiotowym, wartościowym zamawianych usług za gwarantującą należyłą realizację zamówienia uważana była jedna usługa, to nie ma podstaw do zastrzeżenia warunku. Izba ma na uwadze również, to z jakiego rodzaju usługami w prowadzonym postępowaniu mamy do czynienia. Argumenty Zamawiającego i przystępujących po jego stronie Wykonawców o ugruntowanej wiedzy

i umiejętnościach, w przypadku realizacji co najmniej dwóch usług nie mogą się ostać, ponieważ świadczone usługi mają charakter usług ciągłych, nie realizowanych jednorazowo czy incydentalnie. Doświadczenie nabywa się przez cały czas wykonywania takich usług. Nawet więc należyta realizacja jednej usługi pozwala danemu podmiotowi nabyć niezbędną wiedzę i umiejętności. Poza tym, biorąc pod uwagę, że wartość przedmiotowego zamówienia jest znaczna, a z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że rzadko zdarzą się postępowania wymagające wykazania się doświadczeniem na poziomie 5 000 000 zł za realizację usług, to nie tylko wartość wykonanych usług i zrealizowanej umowy świadczy

o zdobyciu doświadczenia. Zresztą Odwołujący wymaganej warunkiem skali doświadczenia nie kwestionuje. Zaś wykonywanie obowiązków objętych przedmiotem zamówienia jest podobne lub takie same przy realizacji zamówień o mniejszej wartości. Nie można więc twierdzić, że Zamawiający zmuszony będzie do wyboru wykonawcy niedoświadczonego, ponieważ przy wykonywaniu usług ciągłych nie tylko liczba realizacji świadczy

o umiejętnościach wykonawcy. We wniosku o realizację zamówienia publicznego

a także w treści analizy potrzeb, sporządzanych na potrzeby szacowania wartości zamówienia i ustalenia istotnych kwestii dla umowy, Zamawiający nie uwidoczniał szczególnych okoliczności odnoszących się do potrzeby ustalenia warunku udziału w postępowaniu na proponowanym poziomie. Generalnie i co do zasady w doktrynie i orzecznictwie

uznaje się, że wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji dwóch umów nie jest warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym. Jednak w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę wieloaspektowość ustalonego warunku, jego poziom ekonomiczny, Izba doszła do przekonania, że wymaganie realizacji dwóch umów miało charakter nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego.

Izba pominęła dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego w postaci odnośników do innych postępowań odwoławczych i postępowań prowadzonych przez innych zamawiających. Dokumenty te świadczą jedynie o tym, że różni zamawiający w zależności od potrzeb i doświadczeń danej jednostki ustalają warunki udziału w postępowaniu adekwatnie do swoich potrzeb. Materiał ten nie dowodził zasadności lub niezasadności zarzutów odwołania.

Owszem, zasady związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażone w przepisach ustawy Pzp odnoszących się do wszystkich podmiotów uczestniczących w tym procesie nie mogą być interpretowane w taki sposób, że wymagane jest dopuszczenie wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (tak wyrok KIO z 22 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Jednakże warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji i nie mogą utrudniać wykonawcom dostępu do rynku. Analiza materiału dowodowego przedstawionego przez Odwołującego pokazuje, że Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu warunek doświadczenia zawodowego w sposób wygórowany.

Reasumując, kierując się zasadą proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, którą należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Uczynienie zadość wymogom Zamawiającego prowadziłoby de facto do naruszenia zasady proporcjonalności, ponieważ pozostawienie zapisów warunków w obecnym kształcie doprowadziłoby do wyeliminowania, czy utrudnienia dostępu do zamówienia potencjalnej grupie wykonawców, którzy w normalnych warunkach mieliby szanse na uzyskanie zamówienia.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V pkt 1 ppkt 1.1 SWZ i nadanie mu następującego brzmienia: „Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej jedną usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz szpitali posiadających minimum 250 łóżek oraz oddziału ginekologiczno-położniczego i neonatologicznego, anestezjologii i intensywnej terapii, a także bloku operacyjnego o wartości usług nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie usługi w ramach jednej umowy

tj. w ramach jednego zamówienia.

Warunek ten nie podlega sumowaniu, co oznacza że jeden wykonawca musi wykonać

co najmniej 1 usługę, o której mowa w opisie sposobu spełnienia warunku. W przypadku wykonawców składających wspólną ofertę lub w przypadku, gdy wykonawca składający ofertę do spełnienia niniejszego warunku korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, koniecznym jest wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia przez odpowiednio:

a) co najmniej jednego wykonawcę wchodzącego w skład zespołu wykonawców, którzy składają wspólną ofertę,

b) podmiot trzeci na którego zasoby w celu spełnienia warunku powołuje się wykonawca składający ofertę.

Jeśli Wykonawca biorący indywidualnie lub wspólnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, a skład grupy wykonawców jest inny niż w niniejszym postępowaniu, zobowiązany jest wykazać swój faktyczny udział w realizacji zamówienia, które potwierdza jego doświadczenie (tj. zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 4.05.2017r. stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust 2 lit. b tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on,

by Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji)”. Izba nakazała również

dostosowanie innych elementów dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia do wprowadzonej zmiany.

Izba umarzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 568 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący wnosił o przedłużenie terminu składania ofert, zaś Zamawiający dokonując zmian SWZ i innych dokumentów postępowania po wniesieniu odwołania, wprowadził wnioskowaną zmianę i wydłużył termin składania ofert. Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący oświadczył, że wprowadzone zmiany czynią zadość jego żądaniom. Dlatego też orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe i zbędne, co zgodnie z treścią art. 568 ustawy Pzp skutkuje umorzeniem postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

**Przewodnicząca:**

.....