Sygn. akt: KIO 701/24

Wyrok

z dnia 25 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 20 marca 2024 r. r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

1/ Budimex S.A z siedzibą w Warszawie oraz

2/ ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1 . umarza na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako zarzut 2 tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 177 ust 2 ustawy Pzp w zakresie opisu warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, która doprowadziła do niejednoznaczności i niezrozumiałości opisu kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 dotyczącego czynności zmiany opisu w Rozdziale VIII pkt 4 lit d OPiW co do sposobu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonany do należytego wykonania zamówienia, w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki", a w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu zmianę warunku przez zawarcie w nim treści: „Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 80 m2,

składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu przyjęć, pomieszczenia administracyjnego-szkoleniowego, umywalni, pomieszczenia socjalnego, szatni, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych materiałowych podawczych i odbiorczych oraz śluz osobowych czystych i brudnych wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową, przy czym w przypadku gdy projektowanie lub budowanie obejmowało łącznie pracownię żywienia pozajelitowego i pracownię leków cytostatycznych projektowanie lub budowanie nie musi obejmować izby recepturowej i zmywalni".

3.1 kosztami postępowania obciąża Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiętytułem wpisu od odwołania.

3.2 Zasądza od zamawiającego **-** Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiekwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2023 poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 7010/24

Uzasadnienie

Zamawiający:Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego ul. Banacha la, 02-097 Warszawa prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pn. „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlano-instalacyjnych w formule „zaprojektuj i wybuduj" na potrzeby realizacji zadań objętych Programem wieloletnim pn, „Podniesienie jakości i dostępności świadczeń medycznych w Uniwersyteckim Centrum Klinicznym Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego - Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus wraz z dostawą kluczowego wyposażenia, w tym sprzętu medycznego" nr ref - DZPUCK.262.026.2024 (dalej „Postępowanie"). Ogłoszenie: Ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.01.2024 r., numer ogłoszenia: 63562-2024.

Odwołujący: GRAPH'IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 4 marca 2024 r. odwołanie od:
1.czynności Zamawiającego z dnia 22 lutego 2024 r. polegającej na zmianie opisu w Opisie Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW") w Rozdziale VIII pkt 4) lit d) warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki";

2.czynności zmiany OPiW w Rozdziale VIII pkt 4) lit d) w zakresie opisu warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, która doprowadziła do niejednoznaczności i niezrozumiałość opisu kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 156 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 przez czynność zmiany opisu w Rozdziale VIII pkt 4 lit d OPiW sposobu wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonany do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki";

2.art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 177 ust 2 przez czynność zmiany OPiW w Rozdziale VIII pkt 4) lit d) w zakresie opisu warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, która doprowadziła do niejednoznaczności i niezrozumiałości opisu kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy Pzp:

1.zmianę określonego w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW warunku udziału w Postępowaniu w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki",

2.usunięcia określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW kryterium selekcji i odpowiedniej zmiany kryteriów selekcji określonych w Rozdziale XV pkt 2 OPiW.

I. Stan faktyczny

1.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający zawarł w Ogłoszeniu i Opisie Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW").

2.W dniu 22 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany OPiW.

3.Zdaniem Odwołującego określone w Ogłoszeniu i OPiW warunki udziału w Postępowaniu oraz kryteria selekcji, w zakresie wskazanym poniżej są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. Zarzuty

4.Zamawiający zobowiązany jest do wymagania od wykonawców, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Wymaga to wyważenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem wykonawcom dostępu do tego zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy.

5.Przepisy ustawy Pzp nie definiują warunków udziału w postępowaniu, jednak przez nie należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia. 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, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 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.

6.Zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, „tym samym .musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1859/19, iż: "zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.

Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji.

Należy zachować równowagę pomiędzy interesem zamawiającego, a interesem wykonawców, aby przez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania.

7.Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub wykonawcy, w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Postawione warunki nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis stawianych warunków powinien być każdorazowo dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności. Opis warunków powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zastosowane warunki mają być z jednej strony konieczne, a z drugiej wystarczające, stąd nie mogą wykraczać poza to, co jest uzasadnione specyfika zamówienia. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to podkreślane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyznaczniki zasady proporcjonalności, musi być brana pod uwagę przy stawianiu warunków udziału w postępowaniu.

Postępowanie na wybór Projektanta z 2023 r.

8.Zadanie będące przedmiotem zamówienia poprzedzone było postępowaniem o udzielenie zamówienia na „Opracowanie Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) wraz z Koncepcją funkcjonalno-użytkową, Koncepcją architektoniczną oraz Koncepcją wielobranżową na potrzeby realizacji zadań objętych Programem wieloletnim pn. „Podniesienie jakości i dostępności świadczeń medycznych w Uniwersyteckim Centrum Klinicznym Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus” ref DZPUCK.262.131.2023 (dalej „Postępowanie Projektowe 2023”).

9.W wyniku Postępowania Projektowego wyłoniony został wykonawca Industria Project Sp. z o.o., który następnie przygotował i będzie przygotowywał dokumentację projektową.

10.Zamawiający wymagał od przyszłego wykonawcy usług, wykazaniem określonego doświadczenia.

11. W przedmiotowym Postępowaniu Projektowym oferty złożyło 3 wykonawców, Industria Project Sp. z o.o., Odwołujący i BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.K. Oferta BBC Best Building Consultants. nie podlegał ocenie (sic!). A zatem w Postępowaniu Projektowym wyłącznie 2 wykonawców projektantów było w stanie złożyć ofertę

na wykonanie zamówienia. Niemniej jednak, mając na uwadze otrzymanie dwóch ofert, można twierdzić, iż w Postępowaniu wystąpiła jakakolwiek konkurencja.

12.Obecnie w ramach Postępowania Zamawiający określił w zmodyfikowanej wersji Rozdziału VIII pkt 4 lit d) OPiW, iż „Wykonawca spełni warunek w zakresie doświadczenia jeśli wykaże, że wykonał /…/

•co najmniej jedna dokumentacja projektowa obejmowała zaprojektowanie Apteki Szpitalnej".

Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 80 m2, składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjnoszkoleniowego, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową".

13.Tymczasem, w Postępowaniu Projektowym 2023 obejmującym wykonanie PFU i projektów Koncepcji branżowych dotyczących dokładnie tego samego projektu, Zamawiający nie wymagał się wykazaniem się przez wykonawców w zaprojektowaniu tak kazuistycznie opisaną Apteką. Wymóg powyższy wymóg jest nadmiarowy i utrudnia uczciwą konkurencję. Mając na względzie, że Odwołujący nie jest w stanie wykazać się doświadczeniem w zaprojektowaniu tak kazuistycznie opisanej Apteki, warunek udziału w postępowaniu jest w stanie spełnić wyłącznie Industria Project Sp. z o. o., co wprost wskazuje na to, że taka konstrukcja warunku udziału w postepowaniu utrudnia, a wręcz eliminuje konkurencję wymuszając potencjalnego wykonawcę do złożenia oferty wspólnie z Industria Project Sp. z o.o w konsorcjum lub jako podwykonawcę.

14.Odwołujący wskazuje, że wymaganie wykonania dokumentacji projektowej dla obiektu szpitalnego lub zakładu opieki zdrowotnej ze wszystkimi precyzyjnie wpisanymi w OPiW wymaganiami, a także obejmującego ściśle opisaną Aptekę w praktyce prowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, ściśle do firmy Industria Project Sp. z o.o. W szczególności, że nie każda część specjalistyczna apteki szpitalnej, szczególnie rozbudowywana jest wyposażona w izbę recepturową oraz zmywalnię łącznie z izbą ekspedycyjną, magazynem do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjnoszkoleniowego, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych. Z drugiej strony jest prawdą, a Odwołujący nie podważa faktu, że to właśnie zaprojektowanie wysoce specjalistycznych i nie występujących w każdej aptece szpitalnej pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych, nadto występujących łącznie w jednej przestrzeni w obrębie szpitala wymaga szczególnego doświadczenia.

15./…/

16./…/

17.Według Odwołującego, pracownie żywienia pozajelitowego i pracownia leków cytostatycznych, będące w obrębie szpitala winny mieć sprecyzowane definicje śluz wejściowych, odbiorczych i osobowych, tak by warunek udziału w postępowaniu był jednoznaczny i precyzyjny oraz zgodny z przepisami. Jak wskazuje się, przygotowywanie leków cytostatycznych oraz leków do żywienia pozajelitowego dokonywane jest w aptekach szpitalnych stosownie do obowiązujących przepisów prawa i jest to wysoce specjalistyczna usługa farmaceutyczna, która może być wykonywana wyłącznie w aptekach szpitalnych przez wysoce wykwalifikowany personel, a preparaty te podawane są niemal wyłącznie na specjalistycznych oddziałach szpitala, Leki cytostatyczne oraz mieszaniny do żywienia pozajelitowego są wykonywane zgodnie z wysokimi standardami i zasadami technologicznymi, co ma na celu dostarczenie pacjentowi standaryzowanego leku o najwyższej jakości, zapewniającej maksymalną skuteczność i bezpieczeństwo terapii. Wytwarzanie ich wymaga zachowania szczególnej ostrożności szczególnych warunków technologicznych. Czystość mikrobiologiczna wytwarzanych leków chroniona jest nie tylko za pomocą specjalnych, aseptycznych komór laminarnych przystosowanych do potrzeb przygotowywania leków cytostatycznych, ale również dzięki filtrom HEPA nawiewanego powietrza i systemowi śluz dostępu do pomieszczenia produkcyjnego. Pracownie te zazwyczaj stanowią (a wręcz powinny stanowić) celowo wyodrębnioną od „zwykłej" części recepturowej, część apteki szpitalnej. Jest to uwarunkowane niezbędną bliskością specjalistycznych oddziałów, do których produkty przygotowywane w Pracowniach są dostarczane.

18.Podobnie przygotowanie mieszanin do żywienia pozajelitowego lokalizuje się bardzo często jak najbliżej oddziałów,

gdzie jest najczęściej wykorzystywany, również niezależnie od części recepturowej apteki szpitalnej.

19.Odwołujący wskazuje, że wykonawca zapewniający należyte wykonanie zamówienia winien mieć doświadczenie w zaprojektowaniu apteki szpitalnej zarówno z pracownią żywienia pozajelitowego, jak i pracownią leków cytostatycznych wymaganych w tego rodzaju obiektach. Zaprojektowanie pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych występujących łącznie na wspólnej przestrzeni wymaga szczególnych rozwiązań technologicznych i architektonicznych. Są to rozwiązania odmienne od sytuacji, gdy występuje tylko jedna z tych pracowni. Dlatego, ponieważ Zamawiający zamierza właśnie stworzyć w ramach przedmiotowej inwestycji Aptekę, w której występują łącznie obie pracownie, to powinien wymagać właśnie takiego doświadczenia, a nie doświadczenia dla sytuacji gdy występuje tylko jedna z pracowni. Zaprojektowanie łącznie obu pracowni jest jedną z kluczowych kompetencji dla właściwego zaprojektowania inwestycji UCK WUM, więc opis wymagań w zakresie doświadczenia powinien być adekwatny do przedmiotu postepowania. Taka faktycznie apteka (z oboma pracowniami) będzie potrzebna na planowanej klinice transplantologii i to doświadczenie (obu pracowni) jest kluczowe doświadczenie dla projektu.

20.W konsekwencji, to nie doświadczenie w projektowaniu izby recepturowej i zmywalni jest kluczowe do ustalenia, że wykonawca daje rękojmie należytego wykonania zamówienia, ale umiejętność łącznego zaprojektowania znacznie bardziej skomplikowanych pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych. Wykonawca, który zaprojektował izbę recepturową, zmywalnię oraz jedną z pracowni żywienia pozajelitowego albo leków cytostatycznych nie da rękojmi należytego zaprojektowania łącznie obu pracowni w obrębie jednego szpitala. Stąd, by warunek udziału nie był zbyt rygorystyczny wnosimy o zmianę wymagania zaprojektowania lub budowania w ramach apteki izby recepturowej i zmywalni znacznie mniej skomplikowanych pomieszczeń - na wymaganie dopuszczające łączne zaprojektowanie lub budowanie pracowni żywienia pozajelitowego 'i pracowni leków cytostatycznych bez konieczności zaprojektowania lub budowania izby recepturowej i zmywalni. Uzasadnione jest więc dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który zaprojektował aptekę szpitalną łącznie z pracownią żywienia pozajelitowego i pracownią leków cytostatycznych, ale gdy w istniejącej części szpitala znajdowała się już izba recepturowa.

Wniosek o zmianę OPiW:

21.Wobec tego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę wskazanego warunku udziału w Postępowaniu na następującą treść:

„Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 200 m2,

składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu przyjęć, pomieszczenia administracyjnego-szkoleniowego, umywalni, pomieszczenia socjalnego, szatni, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych materiałowych podawczych i odbiorczych oraz śluz osobowych czystych i brudnych wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową, przy czym w przypadku gdy projektowanie lub budowanie obejmowało łącznie pracownię żywienia pozajelitowego i pracownię leków cytostatycznych projektowanie lub budowanie nie musi obejmować izby recepturowej i zmywalni”.

11.2 Kryterium selekcji

22.Zamawiający określił w Rozdziale XV pkt 2 lit b) OPiW określił, że „Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają , warunki udziału w Postępowaniu oraz nie podlegają, wykluczeniu z Postępowania, będzie większa niż 4, wówczas Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 4 Wykonawców, najlepiej spełniających warunki wymagane przez Zamawiającego. W tym celu Zamawiający sporządzi ranking ocen Wykonawców. O pozycji w rankingu decydować będzie ilość punktów uzyskanych za wykonane zadania zgodnie z następującymi kryteriami selekcji: b) za każdą wykazaną dodatkową (ponad dwie) usługę spełniającą warunek opisany w rozdziale VIII pkt 4, d) Wykonawca uzyska 5 punktów”.

23.Wobec dokonanej przez Zmawiającego zmiany warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać się wykonaniem co najmniej dwóch usług projektowych, ale tylko jedna ze zrealizowanych przez wykonawcę usług winna obejmować zaprojektowanie Apteki Szpitalnej, nie jest wiadomym czy wykonawca w celu uzyskania dodatkowej punktacji winien wykazać się wykonanie referencyjnej usługi

obejmującej zaprojektowanie Apteki Szpitalnej, czy też uzyska dodatkową punktację także wówczas gdy dodatkowo wykazana usługa projektowa nie obejmowała zaprojektowanie Apteki Szpitalnej.

24.Wniosek o zmianę OPiW:Wykreślenie kryterium selekcji określonego w R XV pkt 2b) OPiW.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniesionej dnia 15 marca 2024 r., wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, a w przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do umorzenia postępowania,

o oddalenie odwołania w całości.

Stan faktyczny

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) Pzp:

A.zmiany określonego w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki" i nadanie mu brzmienia: Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 200 m.kw., składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjnego szkoleniowego, umywalni, pomieszczenia socjalnego, szatni, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego albo i pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych materiałowych podawczych i odbiorczych oraz śluz osobowych czystych i brudnych wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową, przy czym w przypadku gdy projektowanie lub budowanie obejmowało łącznie pracownię żywienia pozajelitowego i pracownię leków cytostatycznych projektowanie lub budowanie nie musi obejmować izby recepturowej i zmywalni".

B.usunięcia określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW kryterium selekcji i odpowiedniej zmiany kryteriów selekcji określonych w Rozdziale XV pkt 2 OPiW, ponieważ nie jest wiadomym czy wykonawca w celu uzyskania dodatkowej punktacji winien wykazać się wykonanie referencyjnej usługi obejmującej zaprojektowanie Apteki Szpitalnej, czy też uzyska dodatkową punktację także wówczas gdy dodatkowo wykazana usługa projektowa nie obejmowała zaprojektowanie Apteki Szpitalnej.

Po otrzymaniu kopii odwołania, w dniu 4 marca 2024 roku, Zamawiający dokonał zmiany OPiW, którą zapowiedział w informacji do Wykonawców opublikowanej w dniu 1 marca. Powodem zmiany było ponowne przeanalizowanie wprowadzonych warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów selekcji, biorąc pod uwagę również przebieg rozprawy przed KIO, która odbyła się w dniu 27 lutego 2024 roku, w poprzednim postępowaniu odwoławczym (sygn. KIO 446/24). Wbrew twierdzeniom Odwołującego zamiarem Zamawiającego nie było ustalenie warunków udziału w Postępowaniu lub kryteriów selekcji w sposób nieproporcjonalny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także przygotowanie i prowadzenie Postępowania o udzielnie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Wręcz przeciwnie, w interesie Zamawiającego jest prowadzenie dialogu z odpowiednio liczną grupą wykonawców, a następnie uzyskanie od nich ważnych ofert, przy zachowaniu wszystkich zasad Prawa zamówień publicznych. Dlatego też Zamawiający zdecydował się na daleko posuniętą liberalizację wymogów dotyczących doświadczenia wykonawców przystępujących do Postępowania w zakresie m.in. projektowania Apteki Szpitalnej, a ponadto wydzielił to doświadczenie w odrębną kategorię, niepołączoną z doświadczeniem w projektowaniu w pozostałych wymaganych zakresach, aby umożliwić wykonawcom ewentualne skorzystanie z doświadczenia podmiotów, które mają doświadczenie w projektowaniu Apteki Szpitalnej, ale nie mają doświadczenia w projektowaniu innych elementów budynków szpitalnych.

Dokonana modyfikacja warunków udziału w Postępowaniu oraz odpowiednio kryteriów selekcji z jednej strony zabezpiecza Zamawiającego przed dostępem do Postępowania podmiotów nie dających rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie ogranicza dostępu do Postępowania podmiotom obiektywnie dającym Zamawiającemu rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zaskarżona przez Odwołującego definicja Apteki Szpitalnej, doświadczenia w zaprojektowaniu której Zamawiający wymagał w ramach warunku wskazanego w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW, brzmiała następująco: „Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 200 m2,

składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjno–szkoleniowego, pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową." Obecnie Zamawiający znacznie zliberalizował tę definicję, ograniczając się do wskazania powierzchni podstawowych lokalu apteki szpitalnej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Brzmi ona: „Pojęcie „Apteki Szpitalnej", o której mowa w powyższych warunkach, obejmuje co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 80 m2, składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu i komory przyjęć." Ponadto Zamawiający zmienił m.in. treść kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW w ten sposób, że obecnie w ogóle odwołuje się ono już do usługi referencyjnej obejmującej zaprojektowanie Apteki Szpitalnej.

Uzasadnienie wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej (niż cofnięcie odwołania) przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Krajowa Izba Odwoławcza orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Dlatego może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania, i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 Pzp, wydając orzeczenie (por. KIO 3535/21, KIO 3638/21, KIO 219/22 i 225/22 oraz KIO 471/22). Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia – zgodnie z treścią odwołania – była czynność Zamawiającego z dnia 22 lutego 2024 r., polegająca na zmianie opisu OPiW w zakresie definicji Apteki Szpitalnej. Substrat ten jednak przestał istnieć wobec dokonania w dniu 4 marca 2024 roku kolejnej, istotnej zmiany OPiW, dotyczącej tej definicji, która obecnie brzmi zupełnie inaczej i wobec której zarzuty Odwołującego już nie przystają.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Obecny spór stał się natomiast bezprzedmiotowy, wobec czego postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.

Zamawiający z ostrożności procesowej wnosi o oddalenie Odwołania w całości, jako bezzasadnego. Wobec daleko posuniętej liberalizacji definicji referencyjnej Apteki Szpitalnej oraz wydzielenia wymaganego doświadczenia w projektowaniu w tym zakresie w odrębną kategorię, niepołączoną z doświadczeniem w projektowaniu w pozostałych wymaganych zakresach, co umożliwia wykonawcom ewentualne skorzystanie z doświadczenia podmiotów, które mają doświadczenie w projektowaniu Apteki Szpitalnej, ale nie mają doświadczenia w projektowaniu innych elementów budynków szpitalnych, zarzuty Odwołującego dotyczące opisu warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie. Zarzut dotyczący niejednoznaczności i niezrozumiałości kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit. b) OPiW był również od początku bezpodstawny, a obecnie jest już zupełnie nieaktualny (brak substratu zaskarżenia), gdyż, że po zmianie treści OPiW kryterium to w ogóle odwołuje się już do usługi referencyjnej obejmującej zaprojektowanie Apteki Szpitalnej.

Załączniki: 2.treść zmienionego OPiW

Przystępujący wniósł o oddalenie wniosku o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 1 tj. czynności Zamawiającego z dnia 22 lutego 2024 r. polegającej na zmianie opisu w Opisie Potrzeb i Wymagań (dalej „OPiW") w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców w zakresie zdefiniowania pojęcia „Apteki Szpitalnej";

- uwzględnienie wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2 tj. czynności zmiany OPiW w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) w zakresie opisu warunku dotyczącego posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, która doprowadziła do niejednoznaczności i niezrozumiałości opisu kryterium selekcji określonego w Rozdziale XV pkt 2 lit b) OPiW, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, dokonana zmiana OPiW w dniu 4 marca 2024 r. nie dotyczyła przedmiotu zaskarżenia wynikającego z zarzutu nr 1 odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 4 marca 2024 r. Wymaga wskazania, że Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zmiany OPiW w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) w zakresie dotyczącym zdefiniowania „Apteki" przez wymaganie by referencyjna usługa obejmowała zaprojektowanie „Apteki Szpitalnej" „obejmującej co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala (…) składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjno-szkoleniowego (…)". To właśnie czynnością z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający wprowadził do OPiW pojęcie „Apteki Szpitalnej".

Odwołujący podkreślił, że wymaganie by wykonawca wykazał się na potrzeby spełniania określonego w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem w zaprojektowaniu Apteki Szpitalnej obejmującej „Izbę recepturową oraz zmywalnię łącznie z izbą ekspedycyjną, magazynem do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjno-szkoleniowego (…)" (strona 8 pkt 14 wniesionego odwołania) jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz dodatkowo narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający co prawda zmienił inne części definicji Apteki, ale pozostawił wymaganie, by w ramach referencyjnej usługi projektowej wykonawca wykazał się zaprojektowaniem „Apteki" obejmującej „co najmniej odpowiednio projektowanie lub budowanie zespołu pomieszczeń aptecznych znajdujących się w obrębie szpitala (…), składających się co najmniej z izby ekspedycyjnej, izby recepturowej, zmywalni, magazynu do przechowywania asortymentu i komory przyjęć". Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zmienił treści OPiW w tym zakresie i nadal wymaga on wykonawców wykazaniem się doświadczeniem w zaprojektowaniu Apteki Szpitalnej obejmującej co najmniej „Izbę recepturową oraz zmywalnię łącznie z izbą ekspedycyjną, magazynem do przechowywania asortymentu, komory przyjęć, pomieszczenia administracyjno-szkoleniowego (…)" (strona 8 pkt 14 wniesionego odwołania), co stanowiło przedmiot zaskarżenia w odwołaniu z dnia 4 marca 2024r. Odwołujący podkreślił we wniesionym odwołaniu, iż wymaganie by wykonawca zaprojektował lub wybudował łącznie izbę ekspedycyjną oraz zmywalnię łącznie z innymi pomieszczeniami apteki szpitalnej jest nadmiarowe i nieproporcjonalne, w szczególności jeżeli wykonawca zaprojektował inne bardzie skomplikowane pomieszczenia apteki szpitalnej. Odwołujący domagał się, by w ramach projektowania lub budowania Apteki Szpitalnej wykonawca musiał wykazać się projektowaniem lub budowaniem Apteki Szpitalnej obejmującej magazyn, a nie magazyn do przechowywania asortymentu.

Zmianą OPiW z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający zmodyfikował treść definicji „Apteki" przez:

zmianę wymaganej powierzchni szpitala z „200 m2" na „80 m2" – kwestia ta nie była przedmiotem odwołania wniesionego przez Odwołującego;

wykreślenia z definicji „Apteki" wymagania by „Apteka Szpitalna" obejmowała co najmniej „pomieszczenie administracyjno-szkoleniowe" – Odwołujący domagał się tego w pkt. 16 odwołania poprzez wykreślenie słowa "-szkoleniowego" – zatem żądanie odwołanie zostało w tym zakresie uwzględnione i ewentualnie jedynie w tej części mogłoby podlegać umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp;

wykreślenia z definicji „Apteki" wymagania by „Apteka Szpitalna" obejmowała co najmniej „pracownię żywienia pozajelitowego albo pracownię leków cytostatycznych, przy czym pomieszczenia pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych składać się muszą z zespołu pomieszczeń, śluz wejściowych i pomieszczeń towarzyszących zaprojektowanych/wybudowanych w taki sposób, że zapewniona jest klasa czystości pomieszczenia kluczowego w klasie czystości co najmniej B, lokalne strefy produkcji leków w strefie klasy czystości A, pomieszczenia wyposażone są w niezbędne rozwiązania z zakresu układu wentylacji i sterowania automatyką obiektową" – Odwołujący domagał się by warunek udziału w postępowaniu obejmował doświadczenie wykonawcy w zaprojektowaniu zarówno pracowni żywienia pozajelitowego, jak i pracowni leków cytostatycznych (pkt. 20 odwołania) – zatem wykreślenie w ogóle wymagania doświadczenia wykonawcy w zaprojektowaniu pracowni żywienia pozajelitowego albo pracowni leków cytostatycznych nie znosi sporu pomiędzy stronami, bowiem Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca, który nie zaprojektował łącznie obu pracowni nie wykaże się doświadczeniem wymaganym w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wyraźnie wnosił w pkt. 21 odwołania by Zamawiający dokonał zmiany definicji „Apteki Szpitalne" polegającej na dopuszczeniu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 4 lit d) OPiW poprzez wykazanie się zaprojektowaniem lub budowaniem „Apteki Szpitalnej" w ramach której w przypadku, gdy wykonawca zaprojektował „łącznie pracownię żywienia pozajelitowego i pracownię leków cytostatycznych projektowanie lub budowanie nie musi obejmować izby recepturowej i zmywalni". Zmiana OPiW dokonana w dniu 4 marca 2024 r. nie zniosła wymagania zaprojektowania lub budowania w ramach Apteki Szpitalnej pomieszczeń izby recepturowej i zmywalni oraz nie dopuściła możliwości wykazania się w zamian doświadczeniem w łącznym zaprojektowaniu pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych. Zatem wbrew twierdzeniu Zamawiającego, zaskarżona treść OPiW nie ulegał zmianie. Zmianie uległy te części OPiW – nawet jeżeli dotyczą definicji „Apteki Szpitalnej", które nie były istotą odwołania. Istotą odwołania było bowiem wymaganie łącznego zaprojektowania w ramach „Apteki Szpitalnej" izby recepturowej i zmywalni a tego wymagania Zamawiający nie zmienił.

Wciąż istnieje substrat zaskarżenia w postaci wymagania, by wykonawca wykazał się doświadczeniem projektowaniu lub budowaniu w ramach „Apteki Szpitalnej" łącznie izby recepturowej i zmywalni. Nie każda zmiana treści SWZ uzasadnia umorzenie postępowania, ale tylko taka zmiana treści SWZ, która zmienia tą treść, będącą przedmiotem odwołania. Jak wykazał Odwołujący, treść OPiW dotycząca definicji „Apteki Szpitalne" w zakresie wymagania projektowania lub budowania w jej ramach „izby recepturowej i zmywalni" nie uległa zmianie. Gdyby przyjąć, że zmiana treści OPiW z 4 marca dezaktualizowała uprawnienie Odwołującego do wniesienia odwołania wobec zmiany treści OPiW z dnia 22 lutego 2024 r., to wskazania wymaga, że wniesione przez Odwołującego odwołanie na czynność zmiany OPiW w dniu 4 marca 2024 r. podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po terminie. Zważyć bowiem należy, że zmiana OPiW dokonana w dniu 4 marca 2024 r. nie wprowadziła do definicji „Apteki Szpitalnej" wymagania zaprojektowania „izby recepturowej i zmywalni", a zatem odwołanie złożone przez Odwołującego musiałoby zostać odrzucone. Dalej, to czynnością z dnia 22 lutego 2024 r. Zamawiający wprowadził do OPiW definicję „Apteki Szpitalnej" i nie dopuścił, by wykonawca, który projektował lub budował łącznie pracownię żywienia pozajelitowego i pracownię leków cytostatycznych nie musiał wykazać się projektowaniem lub budowaniem znacznie mniej skomplikowanych technicznie pomieszczeń jak izba recepturowa i zmywalnia. Ponownie, zarzut Odwołującego dotyczy zatem czynności z dnia 22 lutego 2024 r., a zmiana OPiW w tym zakresie nie dotyczyła przedmiotu zaskarżenia przez Odwołującego.

Wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp zmierza do podtrzymania dyskryminującej i niezgodnej z przepisami ustawy Pzp treści OPiW, wobec okoliczności, iż termin na zaskarżeniem kolejnej zmiany OPiW z dnia 4 marca 2024r. minął w dniu 14 marca 2024 r. Mając świadomość, że zmianą OPiW z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający nie zmodyfikował definicji „Apteki Szpitalnej" w zakresie wymagania doświadczenia w projektowaniu lub budowaniu „izby recepturowej i zmywalni"

Zdumiewające jest twierdzenie Zamawiającego o rzekomej znaczącej liberalizacji OPiW. Być może Zamawiający dokonał faktycznie liberalizacji OPiW, jednak wskazania wymaga, że wciąż, a co wykaże Odwołujący – podtrzymana treść definicji „Apteki Szpitalnej" nadana w dniu 22 lutego 2024 r. w zakresie wymagania doświadczenia w projektowaniu lub budowaniu „izby recepturowej i zmywalni" i niedopuszczenie wykazania się w zamian doświadczeniem w projektowaniu lub budowaniu pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych jest nadmierne, nieproporcjonalne i naruszające uczciwą konkurencję, bowiem premiuję doświadczenie Industria Project Sp. z o.o. (firm, która obecnie doradza Zamawiającemu) i współpracującej z tą firmą spółkę Warbud S.A., podczas gdy nie dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców jak Odwołujący, który posiada doświadczenie w projektowaniu znacznie bardziej skomplikowanych technicznie niż izba recepturowa i zmywalnie pomieszczeń, jak pracownia żywienia pozajelitowego i pracownia leków cytostatycznych. Trudno więc zauważyć, na czym miałaby polegać liberalizacja OPiW w tym zakresie.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający, z nieznanych Odwołującemu powodów, usilnie dąży do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu Odwołującego oraz Przystępujących tj. BUDIMEX S.A. oraz ERBUD S.A. – cenionych największych renomowanych spółek budowlanych w Polsce – poprzez tworzenie barier ustanowionych w opisanym warunku udziału w postępowaniu i kolejnych jego zmianach. Jednocześnie, mając jako wybranego doradcę technicznego spółkę Industria Project Sp. z o.o., opisuje i zmienia określone w OPiW warunki udziału w postępowaniu premiując doświadczenie właśnie analogiczne, jak ma wskazana spółka. Właśnie na nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia bariery ustanawiane przez Zamawiającego zwróciła uwagę Izba w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 446/24.

To nie Odwołujący nadużywa środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, tylko Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp i dąży za wszelką cenę do uniemożliwienia udziału w postępowaniu Odwołującemu i spółkom BUDIMEX S.A oraz ERBUD S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy umorzenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do zarzutu drugiego odwołania wobec zgodnego oświadczenia stron, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie jest zbędne wobec braku sporu.

Nie uwzględniono wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako pierwszy, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej (niż cofnięcie odwołania) przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego i może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania i oceniać je w kontekście badania przesłanki. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). W niniejszej sprawie niewątpliwie podstawą faktyczną zarzutu odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 22 lutego 2024 r., polegająca na zmianie opisu OPiW. Istotnie, w dniu wniesienia odwołania, zamawiający dokonał kolejnej zmiany w zakresie definicji Apteki Szpitalnej definicję tę modyfikując, jednakże analiza nowej treści nie pozwala na uznanie, że nowa czynność zniwelowała istotę zarzutu podniesionego w odwołaniu. Nadal przedmiotem sporu jest definicja pojęcia apteki szpitalnej, w tym jej parametrów, które odwołujący kwestionuje jako nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, że przedmiot sporu, zarzut odwołania, jak i wywodzone z niego żądanie, co do istoty, nie uległy zmianie.

Zatem odwołanie podlega rozpatrzeniu in meriti.

Niesporna zmiana definicji referencyjnej Apteki Szpitalnej stanowi, jak stwierdził zamawiający, daleko posuniętą jej liberalizację. Ocena ta jest zasadna częściowo, należy bowiem zauważyć, że definicja zawiera jednocześnie dodatkowe niewystępujące uprzednio w OPiW wymogi i parametry, co do których nie została wykazana ich niezbędność i proporcjonalność z przedmiotem zamówienia. Kwestionowane przez odwołującego wymogi dotyczące projektowania obiektów zasadniczo niezbyt skomplikowanych, co do których doświadczenie jest jednak wymagane, rodzi uzasadnione wątpliwości co do celowości ich utrzymania jako jedynych możliwych przy jednoczesnej wiedzy o doświadczeniu wykonawcy w realizacjach usług o znacznym stopniu zaawansowania w branży projektowania obiektów szpitalnych.

W tak rozumianym stanie rzeczy skład orzekający uznaje, że nie negując postawionych w definicji aptek szpitalnej wymogów zasadne jest dopuszczenie warunku projektu referencyjnego na zasadzie alternatywy, zgodnie z żądaniem odwołującego wobec stwierdzenia, że wykonawca zapewniający należyte wykonanie zamówienia może mieć doświadczenie w zaprojektowaniu apteki szpitalnej, który wykaże łączne zaprojektowanie lub budowanie pracowni żywienia pozajelitowego i pracowni leków cytostatycznych bez konieczności zaprojektowania lub budowania izby recepturowej i zmywalni.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) i 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..