

WYROK

Warszawa, dnia 27 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II z siedzibą we Włoszczowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Hospital Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zespół Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II z siedzibą we Włoszczowie zmianę ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia poprzez wpisanie w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale XI.I ust. 2 pkt d lit. a specyfikacji warunków zamówienia oraz rozdziale XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g specyfikacji warunków zamówienia sformułowania „dwie usługi” w miejsce sformułowania „trzy usługi” oraz sformułowania „dwóch usług” w miejsce sformułowania „trzech usług”,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II z siedzibą we Włoszczowie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków,
 - 2.2. zasądza od Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II z siedzibą we Włoszczowie na rzecz Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 617 zł (osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków.

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.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

23 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Usługa - kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w obiektach Zamawiającego, transportu wewnątrzszpitalnego w tym dystrybucja posiłków z kuchni szpitalnej do pacjenta oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II na okres 36 miesięcy” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Zespół Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II z siedzibą we Włoszczowie (dalej jako „Zamawiający”) wobec „zmienionej 13 grudnia 2024 r. treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia”.

Odwołujący zarzucił „naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego (tj. wykraczającego poza granice „umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oraz poza granice „potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”), dyskryminującego i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonego w rozdziale XI pkt XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ oraz w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, co w istocie ograniczyło w postępowaniu uczciwą konkurencję między wykonawcami i odebrało możliwość uzyskania zamówienia wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, w tym Odwołującemu. Takie sformułowanie warunku stanowi także naruszenie zasady uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów i uzyskania usług najlepszej jakości w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, gdyż nieuzasadnione ograniczenie konkurencji ogranicza liczbę możliwych do uzyskania w postępowaniu korzystnych

ekonomicznie ofert.”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu „dokonania modyfikacji SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XI pkt XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ oraz w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu (oraz w konsekwencji w rozdziale XI pkt XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ dotyczącym wymaganych podmiotowych środków dowodowych) oraz w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu i nadanie mu następującego brzmienia: „zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej dwie usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia – wymagane jest wykazanie minimum dwóch usług o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na bloku operacyjnym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym)” albo „zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia – wymagane jest wykazanie minimum trzech usług o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych” oraz w konsekwencji, zmiany innych postanowień specyfikacji warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do przedmiotowego warunku udziału, w tym rozdziału XI pkt XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ”, a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o „odrzucenie odwołania na zasadzie art. 528 pkt 4 PZP, a z ostrożności procesowej w przypadku uznania, iż nie zostały spełnione przesłanki ustawowe art. 528 pkt 4 PZP” o oddalenie odwołania w całości, a ponadto „zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Hospital Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”). w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 707857-2024.

W punkcie 5.1.9 Kryteria kwalifikacji ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił „Kryterium: Referencje dotyczące określonych dostaw Opis: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: a) zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy , których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 350.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na blokach operacyjnych, OIT oraz Oddziale ortopedycznym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym)”.

W rozdziale XI.I ust. 2 pkt d lit. a specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 57 ustawy Pzp oraz art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, tj. spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: a) zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy , których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 350.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na blokach operacyjnych, OIT oraz Oddziale ortopedycznym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym)”.

W rozdziale XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ określono, że „Zamawiający, wezwie do złożenia Dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: – wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, które zawiera informacje co do należytej realizacji i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres minimum 12 mies., których zakres obejmował usługi

tożsame z zakresem zamówienia – wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 350.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na blokach operacyjnych OIT, oraz oddziale ortopedycznym i oddziale pediatrycznym”.

2 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Odwołującego, w którym zarzucił on naruszenie „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 3) 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 pkt XI.I ppkt 2 lit d) SWZ, co w istocie spowodowało wyeliminowanie z postępowania uczciwej konkurencji i odebrało możliwość uzyskania zamówienia szerszemu gronu wykonawców”, wnosząc o „nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany kwestionowanych zapisów, tj. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych” ewentualnie „zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej jedną usługę świadczoną przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych w tym na bloku operacyjnym, OIT oraz Oddziale ortopedycznym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym”.

13 grudnia 2024 r. opublikowane zostało ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, którym zmieniono treść:

- ogłoszenia o zamówieniu w zakresie punktu 5.1.9 Kryteria kwalifikacji, określając „Kryterium: Referencje dotyczące określonych dostaw Opis: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na bloku operacyjnym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym”,
- rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a, któremu nadano brzmienie „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że zrealizowali należycie i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres min. 12 miesięcy, których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia - wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na bloku operacyjnym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym”,
- rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g, któremu nadano brzmienie „Zamawiający, wezwie do złożenia Dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu - wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, które zawiera informacje co do należytej realizacji i zgodnie z przepisami w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej trzy usługi świadczone przez okres minimum 12 mies., których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia – wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na bloku operacyjnym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym”.

Postanowieniem z 19 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze zainicjowane ww. odwołaniem Odwołującego wniesionym 2 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że „Zamawiający zmienił jednak zapisy SWZ, które w treści zakwestionowanej odwołaniem już nie obowiązują. (...) Skoro więc Zamawiający zmienił zapisy SWZ, czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć, a zatem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego jest zbędne.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz

postanowieniu Izby z 19 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła dokumenty złożone przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego w postępowaniu odwoławczym.

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że którykolwiek z tych dokumentów może służyć ustaleniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionował zgodność z przepisami Pzp postanowień 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ w zakresie – jak wskazano poniżej - podstawowego („pierwszego”) żądania - w zakresie określenia, że wykonawca ma mieć doświadczenie w wykonaniu trzech (a nie dwóch) usług, których wykonanie miało być warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia, a także - wobec bezprzedmiotowości rozpoznania odwołania w tym zakresie - w zakresie alternatywnego („drugiego”) żądania – w zakresie określenia, aby każda z usług referencyjnych była wykonana „na bloku operacyjnym i oddziale Pediatrycznym/ Dziecięcym”.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania, w szczególności określona w art. 528 pkt 4 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego”.

Aczkolwiek niewątpliwie jest, że odwołanie, którym zainicjowane zostało postępowanie odwoławcze oznaczone sygn. akt KIO 4517/24 dotyczyło tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zostało wniesione przez tego samego odwołującego jak odwołanie wniesione w niniejszej sprawie, to nie sposób uznać, że okoliczności, na które powołuje się w niej Odwołujący, były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24.

Z uzasadnienia wydanego w tej sprawie postanowienia z 19 grudnia 2024 r. wynika, że Izba nie czyniła ustaleń i rozważań w zakresie przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie, a umarzając postępowanie odwoławcze brała pod uwagę wyłącznie okoliczność, że po wniesieniu odwołania zostały zmienione postanowienia SWZ, w zakresie których wniesiono odwołanie; była ona zatem jedyną okolicznością, która była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że wystąpiły wszystkie określone w art. 528 pkt 4 Pzp okoliczności, których stwierdzenie musiałyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 3 i w związku z art. 17 ust. 1 Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. Art. 116 ust. 1 Pzp stanowi, że „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.”. Stosownie do art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...) 3) proporcjonalny”. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp „Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.”.

Przede wszystkim konieczne jest wskazanie, że nie można przyjąć, iż dokonane 13 grudnia 2024 r. zmiany 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ były zmianami dokonanymi w przypadku uwzględnienia zarzutu przedstawionego w odwołaniu wniesionym w sprawie oznaczonej sygn.

akt KIO 4517/24 zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu.

Nie sposób uznać, że zarzut zawarty w tym odwołaniu Zamawiający uwzględnił w całości bądź w części w rozumieniu art. 522 ust. 1 i 3 Pzp. W postanowieniu Izby z 19 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24 stwierdzono, że we wniesionej w tej sprawie odpowiedzi na odwołanie „Zamawiający wskazał następująco: „Zamawiający uwzględnił żądanie drugie Odwołującego się i w dniu 13.12.2024r., dokonał modyfikacji pkt. XI.I. ppkt 2 lit. d SWZ (...)”. Także w odpowiedzi na odwołanie wniesionej w niniejszej sprawie Zamawiający stwierdza jedynie, że „uwzględnił żądanie drugie Odwołującego się i w dniu 13.12.2024r., dokonał modyfikacji pkt. XI.I. ppkt 2 lit. d SWZ (...)”.

Niezależnie od okoliczności, że zmiany dokonane przez Zamawiającego 13 grudnia 2024 r. nie ograniczały się do rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ, ale obejmowały również rozdział XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ oraz 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu należy zauważyć, że nawet zmiana treści rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ nie odpowiadała w pełni „drugiemu żądaniu” zawartemu w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24. Żądanie to było sformułowane w sposób niespójny w zakresie liczby usług, których wykonanie miało być warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia – w pierwszej kolejności w postanowieniu miało być określone, że jest nim „zrealizowanie (...) co najmniej jednej usługi (....) których zakres obejmował usługi tożsame z zakresem zamówienia”, a następnie iż „wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia”. Zamawiający zaś zmienił rozdział XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ w taki sposób, że był on spójny w zakresie liczby usług, których wykonanie miało być warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (miało ich być trzy), a tym samym inaczej niż w „drugim żądaniu” zawartym w odwołaniu; odmiennie ponadto określił miejsca, w których usługi te miały być wykonane, wyszczególniając wyłącznie blok operacyjny i „oddział Pediatriczny/ Dziecięcym”.

Wymaga przy tym zaznaczenia, że we wniesionym w niniejszej sprawie odwołaniu Odwołujący niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przedstawił treść „drugiego żądania” zawartego w odwołaniu wniesionym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24 – pomijając jego część „wymagane jest wykazanie minimum trzech usług tożsamych z zakresem zamówienia o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł każda w obiektach szpitalnych (w tym na bloku operacyjnym i oddziale Pediatricznym/ Dziecięcym)”.

W tym stanie rzeczy należało przyjąć, że dokonując 13 grudnia 2024 r. zmian 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ Zamawiający na nowo określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (a co za tym idzie odpowiadający mu zakres podmiotowych środków dowodowych).

Mając na uwadze określone powyższą zmianą brzmienie ww. postanowień oraz treść żądań zawartych w odwołaniu należy stwierdzić, że Odwołujący kwestionował zgodność z przepisami Pzp tych postanowień wyłącznie w dwóch aspektach:

- w zakresie podstawowego („pierwszego”) żądania – w zakresie określenia, że wykonawca ma mieć doświadczenie w wykonaniu trzech (a nie dwóch) usług, których wykonanie miało być warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (usług referencyjnych),
- w zakresie alternatywnego („drugiego”) żądania – w zakresie określenia, aby każda z usług referencyjnych była wykonana „na bloku operacyjnym i oddziale Pediatricznym/ Dziecięcym”.

W konsekwencji kwestia zgodności ww. postanowień z przepisami Pzp w innym zakresie nie mogła być oceniana przez Izbę, a wszystkie powoływane w tym zakresie okoliczności faktyczne i prawne nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W zakresie podstawowego („pierwszego”) żądania poza sporem była zgodność z przepisami Pzp określenia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (oraz odpowiadającemu mu zakresu podmiotowych środków dowodowych) w zakresie wymagania, aby wykonawca miał doświadczenie w wykonaniu dwóch usług referencyjnych. Zważywszy więc, że dokonując 13 grudnia 2024 r. zmian 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ Zamawiający na nowo określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (i odpowiadający mu zakres podmiotowych środków dowodowych) w taki sposób, że zawierał on wymaganie posiadania doświadczenia w wykonaniu więcej niż dwóch usług referencyjnych, punktem wyjścia dla oceny zgodności z przepisami Pzp tych postanowień powinny być okoliczności uzasadniające określenie, że dla ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu konieczne jest posiadanie doświadczenia w wykonaniu więcej niż dwóch usług referencyjnych – czyli że spełnienie takiego wymagania jest konieczne aby uznać, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia.

Z przeprowadzonych w postępowaniu odwoławczym dowodów nie wynika zaś, dlaczego Zamawiający określił, że dla ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu konieczne jest posiadanie doświadczenia w wykonaniu trzech usług referencyjnych. W szczególności w dokumentacji Postępowania nie ma dokumentów wskazujących na przeprowadzenie przez Zamawiającego przed dokonaniem 13 grudnia 2024 r. ww. zmian ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZ (a po wniesieniu przez Odwołującego 2 grudnia 2024 r. odwołania do Prezesa Krajowej

lzy Odwoławczej) analizy w zakresie określenia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia czy zgodności z przepisami Pzp sformułowania tego warunku w określony sposób.

Wymaga zauważenia, że okoliczności uzasadniające określenie, że dla ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu konieczne jest posiadanie doświadczenia w wykonaniu trzech usług referencyjnych nie zostały przedstawione także w odpowiedzi na odwołanie. W trakcie rozprawy wskazano natomiast, że wymaganie posiadania doświadczenia w wykonaniu trzech usług referencyjnych wynika z tego, że okres wykonywania zamówienia będzie wynosił 36 miesięcy, a usługą referencyjną jest usługa wykonywana przez minimum 12 miesięcy, więc jeżeli wykonawca wykonał trzy takie usługi, to łączny okres wykonywania usług referencyjnych będzie odpowiadał okresowi wykonywania zamówienia.

Okoliczności tych nie sposób uznać za uzasadniające określenie – ww. zmianą dokonaną 13 grudnia 2024 r. - warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia w zakresie wymagania, aby wykonawca miał doświadczenie w wykonaniu trzech usług referencyjnych.

Należy uznać, że gdyby rzeczywiście stanowiły one uzasadnienie przedmiotowej zmiany, to nie zostałyby one przedstawione dopiero w trakcie rozprawy.

Ponadto wymaga wskazania, że o ile niewątpliwie należyte wykonywanie określonej usługi przez 12 miesięcy potwierdza, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania tej usługi przez 12 miesięcy, to trzykrotne należyte wykonywanie określonej usługi przez 12 miesięcy potwierdza jedynie to, że wykonawca jest zdolny do powtarzalnego (trzykrotnego) należytego wykonania tej usługi przez 12 miesięcy. Oczywiście zamawiający może przyjąć, że należyte wykonywanie określonej usługi przez 12 miesięcy (jedno- bądź wielokrotnie) potwierdza, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania tej usługi przez okres dłuższy niż 12 miesięcy, zdaniem Izby nie oznacza to jednak, że do należytego wykonania zamówienia, które ma być wykonywane przez dany okres, zdolny jest wyłącznie wykonawca, który wykonał usługi w liczbie stanowiącej iloraz tego okresu i konkretnie określonej liczby miesięcy wykonywania poszczególnych usług – na zasadzie przelicznika: należyte wykonanie dwóch usług przez 12 miesięcy potwierdza zdolność do należytego wykonania tej usługi przez 24 miesięcy, należyte wykonanie trzech usług przez 12 miesięcy potwierdza zdolność do należytego wykonania tej usługi przez 36 miesięcy itd.

Nie może ulegać wątpliwości, że należyte wykonanie określonej usługi przez 36 miesięcy jest trudniejsze do osiągnięcia niż należyte wykonanie takiej samej usługi przez 12 miesięcy, wobec czego nie można uznać za równoważnych należytego wykonania określonej usługi przez 36 miesięcy i należytego wykonania trzech takich usług przez 12 miesięcy każda.

Wobec powyższego brak było podstaw do uznania, że dla ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia) niezbędne jest posiadanie doświadczenia w wykonaniu co najmniej trzech usług referencyjnych.

Określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia w sposób, który nie jest niezbędny dla stwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia oznacza, że warunek ten nie jest „warunkiem dotyczącym niezbędnego doświadczenia”, o którym mowa w art. 116 ust. 1 Pzp, oraz że nie został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezbędny dla umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 112 ust. 1 Pzp, a tym samym niezgodnie z wynikającym z art. 16 pkt 3 Pzp nakazem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, gdyż w rozumieniu tych przepisów proporcjonalne jest takie działanie, które nie tylko może służyć osiągnięciu celu, w jakim jest podejmowane, ale także jest niezbędne dla jego osiągnięcia.

Tym samym postanowienia 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VI ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ w zakresie określenia, że wykonawca ma mieć doświadczenie w wykonaniu trzech usług, których wykonanie miało być warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (usług referencyjnych), nie były zgodne z art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 i art. 16 pkt 3 Pzp.

Ww. postanowienia są zarazem niezgodne z art. 16 pkt 1 Pzp, gdyż nie można uznać, że zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji określenie warunku udziału w Postępowaniu w taki sposób, który nie jest niezbędny dla stwierdzenia, że wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, co uniemożliwia skuteczne złożenie oferty wykonawcy, który mógłby skutecznie złożyć ofertę, gdyby warunek udziału w Postępowaniu był określony w sposób niezbędny dla takiego stwierdzenia.

Powyższe prowadzi do sytuacji, w której nie jest zapewnione udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów, co narusza art. 17 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołanie należało uwzględnić i nakazać zmianę postanowień punkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ i rozdziału XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ w ten sposób, że aby warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia spełniał wykonawca, który wykonał dwie (co najmniej) usługi referencyjne - poprzez wpisanie w tych postanowieniach sformułowania „dwie usługi” w miejsce sformułowania „trzy

usługi” oraz sformułowania „dwóch usług” w miejsce sformułowania „trzech usług”.

Wobec uznania, że przedstawiony w odwołaniu zarzut jest uzasadniony w zakresie, w jakim prowadziło to do nakazania Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w sposób odpowiadający podstawowemu („pierwszemu”) żądaniu zawartemu w odwołaniu, w istocie bezprzedmiotowe było dokonywanie oceny zasadności odwołania w zakresie alternatywnego („drugiego”) żądania.

Niemniej należy wskazać, że przy uwzględnieniu w zakresie tego żądania pozostałych wymagań dotyczących usług referencyjnych (trzy usługi, każda świadczona przez okres min. 12 miesięcy, każda o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł), brak jest podstaw do uznania za uzasadnione twierdzeń Odwołującego w zakresie zgodności z przepisami Pzp określenia, aby każda z tych usług była wykonana „na bloku operacyjnym i oddziale Pediatricznym/ Dziecięcym” w sytuacji, gdy żądaniem ewentualnym zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 4517/24 było określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia w taki sposób, aby usługa referencyjna była świadczona „przez okres min. 12 miesięcy” wykonawca musiał wykazać wykonanie trzech usług referencyjnych „o wartości miesięcznej brutto minimum 250.000,00 zł” i każda z nich była wykonywana „na bloku operacyjnym, OIT oraz Oddziale ortopedycznym i oddziale Pediatricznym/ Dziecięcym” – czyli przy określeniu miejsca wykonania usługi w sposób obejmujący „blok operacyjny” i „oddział Pediatriczny/ Dziecięcy”. Prowadzi to do wniosku, że określenie w punkcie 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale XI.I ust. 2 pkt d lit. a SWZ oraz rozdziale XI.VII ust. 1 pkt 1 lit. g SWZ, że każda z usług referencyjnych miała być wykonana „na bloku operacyjnym i oddziale Pediatricznym/ Dziecięcym” Odwołujący sam uznawał za zgodne z przepisami Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia realizacji transakcji, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictw w wysokości 51 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. Z treści tego przepisu wynika ponadto, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika.

W konsekwencji Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego, wobec czego zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz stanowiący „inny uzasadniony wydatek” strony wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Wobec uwzględnienia odwołania w całości stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia Izba kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Zamawiającego oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę równowartości kwoty wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący:.....

