

WYROK

z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy CYFROWE SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania wykonawcy SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie z dnia 5 kwietnia 2022 r. do zmiany/uzupełnienia wykazu usług.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1009/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp”), pn. „Zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii

stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia”, nr postępowania: WAG- ZP.261.2.2022.. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lutego 2022 r., za numerem 2022/BZP 00049805.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wezwania Wykonawcy z dnia 5 kwietnia 2022 r. do zmiany/uzupełnienia poz. 1 wykazu usług.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 6 ustawy pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2

Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia oświadczenia wykonawcy składanego w oparciu o art. 125 ustawy pzp, mimo że składając wyjaśnienia w dniu 25 marca 2022 r. Odwołujący potwierdził spełnianie przez poz. 1 z wykazu warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 kwietnia 2022 r. oraz dalszego badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 marca 2022 r. nie był uprawniony do żądania przedstawienia w odniesieniu do wykazu usług jakichkolwiek dowodów. Zaznaczył, że w treści art. 128 ust. 4 ustawy pzp wyraźnie zaznaczono, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ponadto w ust. 6 przepisu określono, iż Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Odwołujący podniósł dalej, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. w § 9 ust. 1 pkt 2 reguluje jednoznacznie, że w zakresie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych Zamawiający może żądać jedynie 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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Tym samym jedyne dowody jakich mógł żądać Zamawiający dotyczyć mogą tylko i wyłącznie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie dopiero w procedurze składania podmiotowych środków dowodowych. W tym zakresie Wykonawca gotowy jest do przedstawienia dowodów potwierdzających tylko i wyłącznie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazał dalej, że w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 412/22 Zamawiający stwierdził: „Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej. Istotą tej usługi, zgodnie z potrzebą Zamawiającego, są połączenia telekomunikacyjne realizowane przez operatora telekomunikacyjnego, w szczególności połączenia telefoniczne (głosowe) zarówno wewnętrzne pomiędzy pracownikami Zamawiającego pracującymi w różnych lokalizacjach jak i zewnętrzne krajowe i zagraniczne, świadczone kompleksowo wraz z serwisami informacyjnymi, liniami informacyjnymi, połączenia z biurami numerów, z prezentacją numerów w naliczaniu sekundowym oraz usług faksowych i wideo. Związane z tym zamówieniem instalacja i obsługa centrali telefonicznej oraz konsoli operatorskiej mają charakter uzupełniający usługi świadczenia połączeń telekomunikacyjnych (głosowych). Z tego względu Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez Wykonawcę doświadczenia, wymaga posiadania doświadczenia w realizacji usług telekomunikacyjnych, jako usługi tożsamej do udzielanej.”

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ustanawiając warunek udziału w postępowaniu uznał, że jedynym parametrem usługi istotnym z jego punktu widzenia jest wartość usługi. Wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś Wykonawca oświadczył, iż wskazana usługa jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. Gdyby Zamawiający uznał za istotną ocenę ilości lokalizacji klienta, ilości numerów telefonów, parametrów technicznych łączy i innych wymienionych w treści wezwania to elementy takie wprowadziłyby do treści warunku żądając wykazania się usługą spełniającą jakieś nieopisane w treści SWZ parametry. W ocenie Wykonawcy żądania wskazane w wezwaniu w zakresie żądania dowodów jak i zaskarżone wezwanie (w zakresie jakim Zamawiający wskazuje na bliżej nieokreślone wątpliwości) nie znajdują podstaw prawnych w treści przepisów pzp czy też w treści warunków opisanych w SWZ. Zamawiający żądał w ramach warunku tożsamości świadczonej usługi oraz wartości i oba te elementy zostały wskazane w oświadczeniu z art. 125 ustawy pzp, a następnie potwierdzone w złożonych wyjaśnieniach, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W oświadczeniu z art. 125 ust. 1 złożonym przez Odwołującego (z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień) nie ulega wątpliwości spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli Zamawiający chciał otrzymać dowody związane z realizacją opisaną w poz. 1 oświadczenia to winien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia poz. 1 wykazu w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp nie wskazał w żaden sposób jakie wątpliwości Zamawiającego nie zostały rozwiązane. Zamawiający w ocenie Odwołującego na obecnym etapie postępowania próbuje obejść przepisy ustawy pzp w zakresie możliwych do żądania dokumentów od wykonawcy, mimo że nie podjął samodzielnie jakichkolwiek czynności celem wyjaśnienia poz. 1 wykazu w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na

rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca CYFROWÉ SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowód złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu

- artykuł dotyczący art. 128 ust. 1 ustawy pzp.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt IV SWZ: Opis przedmiotu zamówienia: „1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi telefonicznej na rzecz Zamawiającego w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawy central telefonicznych (serwerów telekomunikacyjnych), instalacji i parametryzacji infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia serwisu, zwanych dalej "usługami", na zasadach oraz zgodnie z warunkami określonymi w następujących załącznikach do umowy: a) załączniku nr 1 - Przedmiot zamówienia: Świadczenie usług telefonicznych z dzierżawą serwerów telekomunikacyjnych (central telefonicznych), obsługą i serwisem dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, b) załączniku nr 2 - Opis wymagań, funkcjonalności i parametrów technicznych serwerów

telekomunikacyjnych, c) załączniku nr 3 - Obsługa i serwis Zamawiającego, d) załączniku nr 4 - Formularz ofertowy - kalkulacja cenowa, e) załączniku nr 5 - Schemat połączeń f) załączniku nr 6 - Umowa o zachowaniu poufności. g) Załączniku nr 7 - Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 do niniejszej SWZ.”

W myśl pkt XI SWZ: OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY: „(...) 2. Elektroniczna oferta musi zawierać następujące dokumenty: 5) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 3).”

Zgodnie z pkt XV SWZ: WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „(...) 2. Zamawiający stawia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytych zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należyte zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej

400.000,00 zł każda."

W myśl pkt XVI SWZ: INFORMACJA O PODMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH:

„1. Do Oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert następujące oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. 1) Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - Załącznik nr 3 do specyfikacji wraz z wykazem usług (...) 4. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy będzie wzywać Wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej do złożenia na platformie zakupowej w terminie nie krótszym niż 5 dni od daty przekazania wezwania aktualnych na dzień złożenia poniżej wskazanych podmiotowych środków dowodowych: (.)

3) Referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, potwierdzające, że usługi zamieszczone w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych dowodami są referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres ten liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert."

Odwołujący złożył wraz z ofertą: Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, w którym oświadczył: „Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia” - WAG-ZP.261.2.2022, prowadzonego przez Wielkopolski OW NFZ w Poznaniu oświadczam, co następuje: INFORMACJA DOTYCZĄCA WYKONAWCY: Oświadczam, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w rozdziale XVI Specyfikacji Warunków Zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu”, tj: 1. został wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie działalności: świadczenie usług telekomunikacyjnych, na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1954, z późn. zm.) i art. 64 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t. t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.). o numerze 9200 z dnia 19.06.2012. 2. spełnia warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytem zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należytem zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda."

Odwołujący załączył Tabelę: „Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie", w której wskazał dwie pozycje, w tym w poz. 1 wskazał m.in.: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze Świadczeniem usług bieżącego serwisu."

Pismem z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy pzp wskazując: „Badanie wykazu usług Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy wskazana w wierszu pierwszym wykazu usług - Oświadczenia Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu" stanowi usługę w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający zwraca się o przedstawienie wyjaśnień wraz dowodami w zakresie realizacji wykazanej, badanej usługi ze wskazaniem: a) wykazu lokalizacji klienta, b) wskazania ilości klientów (ilości numerów telefonów) sumarycznie i per lokalizacja, c) wykazu i parametrów technicznych łączy dostarczonych przez oferenta dla klienta per jego lokalizacje d) wykazu i ilości dostarczonego sprzętu per lokalizacja, e) wykazu i ilości dostarczonego oprogramowania per lokalizacja, f) wykazu i ilości dostarczonych licencji per lokalizacja, g) informacji na temat warunków serwisowych z jakimi oferent obsługuje klienta (czasy reakcji, usunięcia awarii). Uzasadnienie W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytem zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należytem

zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda. Podstawa prawna i pouczenie żądania jest art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie złożenie wyjaśnienia lub złożenie wyjaśnienia, które nie będzie wykazywać spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Pismem z dnia 25 marca 2022 r. Odwołujący zakwestionował zasadność ww. wezwania oraz wskazał: „Wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, zaś Wykonawca oświadcza, iż wskazana usługa jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli

operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. (...) Zamawiający żądał w ramach warunku tożsamości świadczonej usługi oraz wartości i oba te elementy zostały wskazane w oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

Pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do zmiany/uzupełnienia wykazu usług wskazując: „Zamawiający zwraca się o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług, zamieszczonego w Ofercie w Załączniku - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu”. Uzasadnienie. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu: „W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należyście zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia — na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda.” (rozdział XV, pkt 2 swz). Przedmiot zamówienia wskazany w pozycji pierwszej wykazu usług, zamieszczonego w Ofercie w Załączniku - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do tożsamości przedmiotu zamówienia określonego w wierszu pierwszym tabeli do przedmiotu niniejszego zamówienia i w związku z tym zwrócił się do Wykonawcy w dniu 22.03.2022 r. o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Wykonawca nie wyjaśnił tych wątpliwości w odpowiedzi z dnia 25.03.2022 r. W związku z tym Zamawiający wnosi o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług. Podstawa prawna i pouczenie Wezwanie jest kierowane podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Pzp). W przypadku nie dokonania przez Wykonawcę zmiany/uzupełnienia wykazu usług złożonego wraz z ofertą, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) — Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.”

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Artykuł 125 ustawy pzp stanowi: „1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. (...) 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp: „1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest

oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.”

W myśl art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy pzp: „1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (.) 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. 5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art.

125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. (.)”

Artykuł 273 ustawy pzp stanowi: „1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. 2. W trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.”

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.”

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415): „§ 9

1. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (.) 2) wykazu dostaw lub 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 dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości wezwania Odwołującego z dnia 5 kwietnia 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do zmiany/uzupełnienia wykazu usług zawartego w oświadczeniu Wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp. W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego była nieprawidłowa z kilku powodów.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, jak słusznie podnosił Odwołujący, że oświadczenie składane wraz z ofertą na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp stanowi oświadczenie wstępne wykonawcy, tymczasowo potwierdzające m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak stanowi art. 125 ust. 3 ustawy pzp: „Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.” W przypadku procedury zwykłej dokonywania kwalifikacji podmiotowej zamawiający bada w pierwszej kolejności oświadczenia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, następnie dokonuje

badania i oceny ofert, a na końcu wzywa do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, w celu potwierdzenia informacji zawartych w oświadczeniu. (tak też: J. Jarnicka [w:] red. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2022, Legalis). W przypadku zamówień poniżej progów unijnych oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp będzie polegało w zasadzie na złożeniu ogólnego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Niewątpliwie, jeśli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp bądź złożone oświadczenie jest niekompletne, czy też zawiera błędy zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp). Podmiotowymi środkami dowodowymi, o których złożenie zamawiający wzywa wykonawcę najwyższej ocenionego są m.in. zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415) wykaz usług wraz z dowodami należytego wykonania.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą m.in. oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy pzp oraz wykazu usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła poz. 1 wykazu złożonego przez Odwołującego, dlatego też Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, a następnie o zmianę/uzupełnienie poz. 1 wykazu. W ocenie Izby na etapie wstępnego badania wykonawców, Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w sposób wystarczający. Odwołujący złożył bowiem wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ponownie oświadczył, że warunki te spełnia oraz wskazał, że usługa z poz. 1 wykazu usług „jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający.” Wobec powyższego wezwanie Odwołującego do zmiany bądź uzupełnienia wykazu usług należało na tym etapie postępowania uznać za nieprawidłowe. Zamawiający powinien przyjąć oświadczenie wstępne Wykonawcy (tymczasowo zastępujące podmiotowe środki dowodowe), a następnie po badaniu i ocenie ofert wezwać wykonawcę najwyższej ocenionego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych (w tym przypadku dowodów, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie). Jak już zostało podkreślone, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wykaz usług wraz z dowodami należytego wykonania stanowią właśnie podmiotowe środki dowodowe, na podstawie których, badanych łącznie, zamawiający stwierdza czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i tym samym czy oświadczenie wstępne wykonawcy potwierdziło się. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający niezasadnie na etapie wstępnego badania oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy pzp rozpoczął szczegółowe badanie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu bez ustalenia czy jest to Wykonawca najwyższej oceniony, bez wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, odnosząc się wyłącznie do wykazu usług. Zauważyć należy dalej, że badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób niepełny może prowadzić do zaburzenia zasady jednokrotnego

wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, co do tych samych dokumentów i oświadczeń. Niewątpliwie, badając oddzielnie oświadczenie z wykazu usług i odrębnie dowody należytej realizacji usług wskazanych w wykazie, w sytuacji gdy Odwołujący dokonałby zmiany poz. 1 wykazu na wezwanie Zamawiającego, a następnie złożone przez Wykonawcę referencje nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu - należytej realizacji usługi - Zamawiający nie mógłby wezwać Wykonawcy ponownie do zmiany/uzupełnienia wykazu usług. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że dyspozycja art. 128 ust. 1 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu skierowanie wezwania, niemniej jednak wyłącznie w sytuacji gdy wezwanie to jest konieczne i uzasadnione. Podkreślenia bowiem wymaga, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 kwietnia 2022 r. nie wskazał, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a jedynie że Zamawiający ma w tym zakresie wątpliwości. Izba zauważa, że aby zamawiający był uprawniony wezwać wykonawcę do uzupełnienia/zmiany referencyjnej usługi w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp musi ustalić, że złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji wezwanie byłoby prawidłowe, z zastrzeżeniem że badanie powinno dotyczyć łącznie podmiotowych środków dowodowych - wykazu usług i referencji złożonych przez wykonawcę najwyższej ocenionego. Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie w wezwaniu, że warunków udziału Wykonawca nie spełnił, a jednocześnie wskazał, że nieuzupełnienie wykazu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp. Na etapie badania wstępnych oświadczeń ani Zamawiający ani również Izba, bez szczegółowego badania przeprowadzonego na podstawie podmiotowych środków dowodowych - wykazu usług i referencji - nie mogła przesądzić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy nie, a jedynie mogła opierać się na oświadczeniu Wykonawcy, że wstępnie warunki te spełnia.

Odnosząc się do złożonego przez Zamawiającego dowodu - artykułu prasowego - Izba potraktowała twierdzenia zawarte w dowodzie jako stanowisko procesowe Zamawiającego, gdyż wyraża wyłącznie opinię Autora artykułu, którą jak uznała Izba Zamawiający podziela. Z artykułu wynika, iż z oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp musi bezwzględnie wynikać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby oświadczenie złożone przez Odwołującego wraz z ofertą jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień potwierdza wstępnie, że Wykonawca warunek udziału w postępowaniu spełnia. Jak już wskazano, szczegółowa weryfikacja w tym zakresie powinna odbywać się w oparciu o podmiotowe środki dowodowe badane łącznie - wykaz usług oraz referencje - złożone przez wykonawcę najwyżej ocenionego.

Dlatego też Izba uznała, że wezwanie z dnia 5 kwietnia 2022 r. było nieuzasadnione i nieprawidłowe, a Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp i ww. Rozporządzenia podniesione w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....