

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez wykonawcę Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci w Warszawie (00-582) Al. J. Ch. Szucha 8,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o. w Warszawie (03-242) ul. Kondratowicza 8,

przy udziale wykonawcy:

- 1) J. W.- Kancelaria Prawnicza J. W. w Warszawie (04-133) ul. Łukowska 30 lok. 134 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci w Warszawie w całości i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocników,

2.2. zasądza od odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci w Warszawie na rzecz zamawiającego Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o. w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o. w Warszawie (dalej również: „Zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych udzielanych przez Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o.” (numer referencyjny: MSB/TP/31/04/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 maja 2022 r., nr 2022/BZP 00179005) (dalej również: „Postępowanie”).

Pismem z dnia 20 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy C. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci w Warszawie (dalej również: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kancelaria Prawnicza J. W. w Warszawie (dalej również: „Przystępujący”).

W dniu 25 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, na niezgodne z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) (dalej: „Ustawa”) czynności Zamawiającego, polegające na:

1. odrzuceniu oferty Wykonawcy, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kancelaria Prawnicza J. W. w Warszawie;
3. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem przepisów Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 Ustawy, przez błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na:

a. bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu,

b. a w konsekwencji bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit. a SWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą

- podczas gdy Odwołujący przesłał przed terminem wymagane dokumenty, czego Zamawiający nie odnotował, zaś wobec wątpliwości związanych ze skutecznością doręczenia, przesłał te dokumenty ponownie do Zamawiającego, który odnotował ten wpływ o godz. 10.07, zaś w kontekście przebiegu postępowania, jak i faktu dysponowania przez Zamawiającego oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentem referencji złożonym w toku postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1668/22, Zamawiający miał wiedzę o wszelkich okolicznościach dotyczących doświadczenia Odwołującego. Tym samym czynności odrzucenia oferty Odwołującego narusza zasady konkurencyjności, równego traktowania wykonawców, przejrzystości

oraz proporcjonalności, którą powinno cechować się prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia;

2. przepisu art. 239 ust. 1 oraz 2 Ustawy, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Kancelarii Prawniczej J. W. w Warszawie, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, ponieważ w przypadku prawidłowego badania i oceny wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. także z uwzględnieniem oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejsza W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

W dniu 20 lipca 2022 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty konkurencyjnej jako najkorzystniejszej oraz informację o odrzuceniu jego oferty, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c Ustawy). W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający wskazał między innymi, że wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 r., o sygn. akt KIO 1668/22, Zamawiający - pismem z dnia 13 lipca 2022 r. - wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 lipca 2022 r. godz. 10:00. Wobec przyjęcia, że we wskazanym terminie Odwołujący nie złożył dokumentów, Zamawiający stwierdził brak wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit.

a SWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą.

Odwołujący podniósł, że w dniu 19 lipca 2022 r., o godz. 9.57 przekazał wykaz usług oraz referencje (łącznie 3 pliki). Wobec trudności z działaniem programu pocztowego wywołanym jego zmianą i związanymi z tym wątpliwościami co do możliwości potwierdzenia wpływu tychże dokumentów do Zamawiającego, Odwołujący przekazał ponownie te dokumenty, które zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, dotarły do niego o godz. 10.07. Odwołujący wskazał, że potwierdził w treści przesłanych dokumentów informacje przekazane również w toku sprawy toczącej się pod sygnaturą akt KIO 1668/22, że wskazane usługi obejmowały także świadczenie pomocy prawnej z zakresu zamówień publicznych o wartości powyżej 100 tys. zł brutto, a także ponownie przedstawił list referencyjny ze Szpitala Wojewódzkiego w Łomży.

Odwołujący wskazał, że osią sporu w niniejszej sprawie stanowi de facto okoliczność, czy uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów w dniu 19 lipca 2022 r. zostało dokonane w sposób skuteczny, a tym samym oferta nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Ustawy.

W ocenie Odwołującego uzupełnił on w sposób skuteczny wymagane dokumenty, wysyłając dwukrotnie wiadomość mailową na adres kontaktowy Zamawiającego, właściwy do tego rodzaju kontaktów, lecz Zamawiający odebrał dopiero drugą wiadomość o godz. 10.07. W konsekwencji dokonanie czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy jest przejawem nadmiernego formalizmu, nie mającego odniesienia do sytuacji w postępowaniu. Zaznaczył, że: po pierwsze, w toku postępowania odwoławczego toczącego się pod sygnaturą akt KIO 1668/22, w którym jeden z zarzutów dotyczył kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący oświadczył, że: 1) wartość usług wskazanych w wykazie usług w zakresie obsługi prawnej dotyczącej zamówień publicznych przekracza 100 tys. zł brutto; 2) posiada doświadczenie w obsłudze prawnej Szpitala Wojewódzkiego w Łomży, wobec czego przedłożył treść listu

referencyjnego do akt sprawy, gdzie obsługa prawna w zakresie zamówień publicznych zgodnie z oświadczeniem złożonym do protokołu, przekraczała wartość 100 tys. zł brutto. W konsekwencji, kwestia spełnienia warunku udziału została niejako „uzupełniona” bez wezwania, jakie nakazała Izba w postępowaniu o sygnaturze akt KIO

1668/22, a tym samym Zamawiający powziął informację o stosownym doświadczeniu Odwołującego. Ergo doszło do sytuacji analogicznej do objętej dyspozycją przepisu art. 127

ust. 2 Ustawy, bowiem Zamawiający, nawet przed formalnym wystosowaniem wezwania stanowiącego wykonanie wyroku KIO, był w posiadaniu dokumentów umożliwiających mu samodzielną ocenę spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu; po drugie, nie ulega wątpliwości, że Odwołujący przekazał dwukrotnie dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lipca 2022 r., zaś tylko jedna z wiadomości dotarła

do Zamawiającego - według jego oświadczenia - w sposób skuteczny. Zgodnie z art. 61 § 1

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.): Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołujący dwukrotnie wprowadził do środka komunikacji elektronicznej odpowiedź na wezwanie z dnia 13 lipca 2022 r. w sposób skuteczny, jednakże - zdaniem Zamawiającego - dotarła jedynie do niego jedna, późniejsza wiadomość mailowa.

Odwołujący podkreślił również, że nawet przy przyjęciu, że doszło do uchybienia terminowi uzupełnienia dokumentów, to uchybienie to było niewielkie 7-minutowe, wynikające z przyczyn niezawinionych przez Odwołującego, było to ponowne wprowadzenie do środka komunikacji dokumentów już będących w dyspozycji Zamawiającego i szczegółowo omówionych w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, a tym samym odrzucenie oferty stanowiło środek nieproporcjonalny.

W odwołaniu Odwołujący powoływał się wyłącznie na dokumentację postępowania, w tym SWZ, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania z dnia 7 czerwca 2022 r., wyjaśnienia Odwołującego z dnia 13 czerwca 2022 r., wezwanie przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 13 lipca 2022 r., dokumenty złożone w dniu 19 lipca 2022 r. oraz zwrócił uwagę na dokumenty postępowania KIO 1668/22 w postaci orzeczenia wraz z uzasadnieniem.

Pismem w dniu 31 lipca 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił J. W. - Kancelaria Prawnicza J. W. w Warszawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem w dniu 8 sierpnia 2022 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wskazał w szczególności, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przesłał dnia 19 lipca 2022 r. e-mail z załącznikami: Wykaz usług wykonanych oraz dwie kopie Listu referencyjnego z dnia 8 października 2020 r. wystawionego przez Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łodzi. Podkreślił, że e-mail został dostarczony Zamawiającemu w ostatnim wyznaczonym sześciodniowym terminu o godzinie 10:07, a więc siedem minut po

jego upływie. Zamawiający tego samego dnia, o godzinie 10:23 przesłał Odwołującemu e-mail o następującej treści: Dzień dobry, potwierdzam otrzymanie wiadomości o

godz. 10:07. Z powyższego wynikało, że Odwołujący już w dniu 19 lipca

2022 r. posiadał wiedzę, że jego wiadomość z załączonymi dokumentami została dostarczona Zamawiającemu po godzinie wyznaczonej w wezwaniu z dnia 13 lipca 2022 r. Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie kontaktował się z nim w sprawie opóźnionej wiadomości oraz, że przed rozstrzygnięciem Postępowania, Zamawiający, zwrócił się do Działu Informatyki Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego sp. z o.o. z pytaniem, czy dnia 19 lipca 2022 r. występowały jakiegokolwiek problemy ze szpitalnym serwerem pocztowym. Z uzyskanej odpowiedzi wynikało, że w rzecznym dniu w pracy serwera pocztowego nie występowały żadne problemy, jak również nie odnotowano jakichkolwiek przerw. Do pisma procesowego, załączono pismo z Działu Informatyki Szpitala wraz ze zrzutem z ekranu z serwera Zamawiającego, z którego wynika, że na serwer pocztowy dnia 19 lipca 2022 r. dostarczono jedną wiadomość od Odwołującego od Mecenasa M. K.-B. (m.k.-b.@c.pl) w zakresie czasu od 8:07 do 11:27. Zamawiający wskazał również, że

podlegający uzupełnieniu wykaz usług został podpisany elektronicznie w dniu 19 lipca 2022 r. o godzinie 9.52 a więc na tzw. „ostatnią chwilę.” Zaznaczył, że dla uznania że doszło do złożenia oświadczenia konieczne jest wprowadzenie go do środka komunikacji elektronicznej w sposób taki, by adresat mógł się zapoznać z jego treścią, co nie miało miejsca oraz, że w szczególności Odwołujący nie podjął żadnych działań do chwili złożenia odwołania pomimo przesłania mu informacji o tym, że dokumenty otrzymał o 10.07 już e-mail z godziny 10.23 w dniu 19 lipca 2022 r.

Zamawiający zaznaczył między innymi, że uwzględnienie email z godziny 10:07 a więc przesłanego po wyznaczonym terminie stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców i byłoby sprzeczne z Ustawą.

Zamawiający z ostrożności kwestionował również treść samego wykazu wraz z referencjami jako niewykazujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz wskazywał, że złożone na rozprawie i w toku postępowania oświadczenie oraz dokument nie

jest tożsame z uzupełnieniem podmiotowych środków dowodowych oraz, że Odwołujący nie dochował należytej staranności pozostawiając czynność na ostatnią chwilę.

Do pisma Zamawiający załączył dokument z dnia 20 lipca 2022 r. od Kierownika Działu Informatyki i Rozliczeń wraz ze zrzutem z ekranu serwera poczty szpitala wskazujący, że z adresu pocztowego Odwołującego m.k.-b.a@c.pl doręczona została wyłącznie jedna wiadomość o godzinie 10.07 o treści: „dzień dobry, w załączeniu przesyłam ponownie uzupełnienie dokumentów. M. K.-B.” wraz ze stopką zawierającą logo kancelarii oraz pouczenie - informację o poufności korespondencji. Zrzut z ekranu wskazuje, że do wiadomości załączone były trzy pliki: MSB.pdf (143 KB), Szpital Łomża 08.10.2020.pdf (790,1 KB) oraz IMG_0551.jpeg (3.2 MB).

Pismem w dniu 15 sierpnia 2022 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko i doprecyzował, że w okolicznościach faktycznych, które zaistniały w niniejszej sprawie nie można przypisywać Odwołującemu winy czy niedbalstwa w sposób jednoznaczny, który uzasadniałby podjęcie czynności w postaci odrzucenia oferty - gdyż mimo prawidłowego powzięcia czynności przez Odwołującego, nedoręczenie wiadomości do Zamawiającego nastąpiło wskutek awarii technicznej systemu pocztowego, stanowiącego aplikację źródłową systemu operacyjnego OS działającego w programach Apple. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że najbardziej prawdopodobną przyczyną tej awarii

było nieprawidłowe działanie systemu operacyjnego macOS Monterey (wersja 12.4) po aktualizacji z systemu macOS Big Sur (wersja 11.6). Błąd ten został usunięty przez wyzerowanie ustawień aplikacji Mail do podstawowej konfiguracji, usunięcie zapisanego modułu (Save Application State) oraz ponowną konfigurację w całości, także systemu operacyjnego do najnowszej wersji macOS Monterey (12.4). Odwołujący podkreślił, że występowanie tego rodzaju awarii znajduje potwierdzenie w opiniach

profesjonalnych podmiotów zajmujących się tego rodzaju materią, które wskazują, że niezależnie od systemu operacyjnego, jego aktualizacji do nowszej wersji, zalecana przez producentów i fabrycznie ustawiona jako automatyczna, często powoduje problemy w działaniu dotychczasowych aplikacji, co wymaga tworzenia kolejnych wersji oprogramowania, usuwających dotychczas zdiagnozowane błędy, a co z uwagi na powszechność stosowania wydaje się faktem notoryjnym. Według Odwołującego konsekwencją powyższego powinno być uznanie, że wskutek czynności związanych z aktualizacją do nowszej wersji systemu operacyjnego na komputerze osoby wysyłającej dokumenty, która była automatyczna i niezależna od Odwołującego, zaistniała sytuacja, która wywołała negatywne konsekwencje po jego stronie, związane z terminem dostarczenia stosownych dokumentów, co nie było zawinione ani zależne od Odwołującego.

Na rozprawie w uzupełnieniu pisma z 15 sierpnia 2022 r. Odwołujący złożył dowody na okoliczność wysłania email oraz przyczyn nie dotarcia email z godziny 9.57 w postaci:

- 1) Oświadczenia z dnia 11 sierpnia 2022 r. złożone przez M. K.-B.;
- 2) Oświadczenia z dnia 11 sierpnia 2022 r. złożone przez T. M.;
- 3) Wydruku ze strony internetowej: <https://macpaw.com/pl/how-to/mac-mail-app-not->

;

4) Korespondencji e-mail z dnia 11 sierpnia 2022 r. z przedstawicielem operatora pocztowego

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie dowodu z dokumentów z akt sprawy o sygnaturze KIO 1668/22, które dotyczyło Postępowania i w wykonaniu, którego

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, którego niezłożenie w terminie stanowiło przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego i podstawę złożenia odwołania w niniejszej sprawie.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu w postaci protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 6 lipca 2022 r. wraz z dowodami, które zostały złożone na rozprawie przez Odwołującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony a także

oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania sprowadzających się do odrzucenia oferty Odwołującego, który nie złożył w przewidzianym na to terminie podmiotowego środka dowodowego i w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie i oddaliła odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Ustawy.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych.

W pkt 4 rozdziału 10 specyfikacji warunków zamówienia (zwanej również „SWZ”) Zamawiający wskazał warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą,

Odwołujący złożył ofertę wraz z wykazem osób i wykazem usług. W wykazie usług Odwołujący wskazał usługi wykonywane dla 2 podmiotów leczniczych w Kaliszu i we

Wrocławiu o wartości ok. 374.000 zł i ok. 294.000 zł. W opisie każdej z ww. usług Odwołujący wskazał: „Bieżąca, kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe)”. Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień: „(...) Wykonawca w załączniku nr 6 do SWZ — Wykaz usług, w kolumnie opis zamówienia

— usług wykonywanych przez Wykonawcę, wpisał: bieżąca, kompleksowa obsługa prawna (doradztwo prawne oraz zastępstwo procesowe), co nie potwierdza wymogu Zamawiającego zawartego w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ, tj. świadczenia pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych. Wnosimy zatem o wyjaśnienie czy wykonane zamówienia dotyczyły zakresu wskazanego i wymaganego przez Zamawiającego oraz wskazanie wartości świadczonych usług w zakresie zamówień publicznych. (...)”. Pismem z dnia 13 czerwca 2022 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień: „1) W treści wykazu usług zostały wskazane podmioty prowadzące działalność leczniczą, na rzecz których Kancelaria świadczyła kompleksową pomoc prawną, która ze swej istoty obejmowała także pomoc prawną z zakresu zamówień publicznych, a tym samym obejmowała zakres wskazany i wymagany przez Zamawiającego. W konsekwencji wskazane usługi spełniają warunek udziału zawarty w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ. Wartości zamówień zostały zawarte w treści wykazu

usług w stosownej kolumnie.” Pismem z dnia 15 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Kancelaria W. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy, wobec niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

wobec tego, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie wykazał, że umowa w zakresie wartości co najmniej 100 000 zł brutto obejmowała świadczenie pomocy prawnej w zakresie zamówień publicznych i tym samym Zamawiający nie mógł uznać warunku, o którym mowa w pkt 10 ppkt. 4 lit. a SWZ za spełniony. (...)”

Odwołujący złożył odwołanie, w wyniku, którego Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 1668/22 wydała wyrok, w którym między innymi nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wezwanie go do uzupełnienia

wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wykonaniu wyżej wskazanego wyroku Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 19 lipca 2022 r. do godziny 10.00, celem wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 10 ppkt. 4 lit. a SWZ, tj. wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 100 000,00 złotych

brutto w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. związane ze świadczeniem pomocy prawnej w zakresie zamówień

publicznych w podmiotach prowadzących działalność leczniczą.

W wykonaniu wezwania Odwołujący przesłał podmiotowe środki dowodowe e-mail o godzinie 10.07 w dniu 19 lipca 2022 r.

Odwołujący jest kancelarią prawną dysponującą personelem w postaci adwokatów i radców prawnych oraz obsługi administracyjnej. Do realizacji zamówienia, o którego uzyskanie się ubiegał dedykował czterech radców prawnych oraz jednego adwokata. Odwołujący dysponuje przynajmniej paroma komputerami podłączonymi do sieci internetowej, która działała w dniu 19 lipca 2022 r.. W dniu 19 lipca 2022 r. nie zaistniały żadne obiektywne przeszkody w działaniu sieci internetowej, serwera i poczty Zamawiającego, które mogłyby przeszkodzić lub utrudnić przesłanie korespondencji e-mail w godzinach porannych do 10.00. Okolicznością o charakterze notoryjnym jest up-grade oprogramowania i systemów komputerowych oraz możliwość sterowania czasem ich dokonywania na danym komputerze. Dalej Izba ustaliła, że Odwołujący jest kancelaria posiadającą odrębny profesjonalny serwis komputerowy, w dniu 19 lipca 2022 r. w kancelarii Odwołującego działał internet, poczta i serwer pocztowy na komputerach, w

tym także na komputerze, z którego przesłano podmiotowe środki dowodowe. Błędy w działaniu systemu, który działał na komputerze, z którego przesłano e-mail o

godzinie 10.07, powodowane jego up-gradem są częste.

Odwołujący podpisał w sposób wymagany Ustawą podlegający uzupełnieniu podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu dostaw i usług o godzinie 9.52, a więc na siedem minut przed upływem terminu na jego złożenie.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przesłał dnia 19 lipca 2022 r. maila z załącznikami: Wykaz usług wykonanych oraz dwie kopie Listu referencyjnego z dnia 8 października 2020 r. wystawionego przez Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży. Mail został dostarczony Zamawiającemu o godz. 10:07.

Zamawiający tego samego dnia, o godz. 10:23 przesłał Odwołującemu maila z informacją, że uzupełnienie dotarło doń o godz. 10:07.

Na serwerze i poczcie emailowej Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek śladu przesłania korespondencji w dniu 19 lipca 2022 r. od Odwołującego oprócz przywołanego email z godziny 10.07. W dniu 19 lipca 2022 r. serwer i poczta Zamawiającego działały prawidłowo bez żadnych zakłóceń. Możliwe było przesłanie dokumentów przed godziną 10.00. Na serwerze i poczcie emailowej Odwołującego brak jest śladu przesłania korespondencji w dniu 19 lipca 2022 r. od Odwołującego do Zamawiającego

poza email z godziny 10.07. Jedynym dowodem podjęcia tej czynności przed godziną 10.07 są twierdzenia Odwołującego oraz oświadczenie osoby, która podejmowała czynność zmierzająca do jego wysłania. Według twierdzeń Odwołującego pierwszą i nieskuteczną próbę przesłania email do Zamawiającego podjął on o godzinie 9.57 a powodem niepowodzenia najprawdopodobniej była automatyczny up-grade komputera osoby planującej uzupełnienie dokumentacji. Tak późne podjęcie próby przesłania środków dowodowych wynikało z faktu braku wolnego portu usb w komputerze osoby wysyłającej, co uniemożliwiło złożenie przez tę osobę samodzielnie podpisu elektronicznego (wszystkie porty zajęte były ze względu na konieczność ładowania komputera oraz trwające połączenie z sądem - wobec tego, że osoba, która planowała uzupełnienie dokumentów uczestniczyła w rozprawie sądowej za pośrednictwem aplikacji MS Teams jednego z klientów Kancelarii) i konieczności oczekiwania na przesłanie dokumentu podpisanego z innego urzędu za pośrednictwem email.

Odwołujący nie składał wniosku o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów ani nie zgłaszał - do czasu wszczęcia niniejszego postępowania - Zamawiającemu żadnych zastrzeżeń w zakresie działania systemu poczty elektronicznej.

Wraz z email z dnia 19 lipca 2020 r. z godziny 10.07 Wykonawca przesłał Zamawiającemu wykaz usług wskazujący na zrealizowanie w okresie ostatnich trzech lat usług wykonywanych przez Wykonawcę w zakresie obsługi zamówień publicznych o wartości zamówienia powyżej 100 000 zł brutto w dacie wykonania według referencji dla szpitali w Łomży i w Sosnowcu a więc bez wyraźnego wyspecyfikowania

daty wykonania usług obsługi zamówień publicznych. Do email załączone zostały referencje udzielone przez Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Łomży (znajdujące się już w posiadaniu Zamawiającego wobec ich przekazania w toku postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygnaturze KIO 1668/22) z dnia 8 października 2020 r. wskazujące, że usługi realizowane były na podstawie dwóch kolejno zawieranych umów z dnia 10 kwietnia 2018 r (nr 11/ZT-SZP-226/02/6/2018) i z dnia 14 stycznia 2019 r. (nr 7/ZT-SZP-226/01/53/2018).

Wykonawca ustnie do protokołu rozprawy w sprawie o sygnaturze akt KIO 1668/22 złożył oświadczenie, że zarówno usługi wskazane w wykazie usług, jak i usługa wykonywana na rzecz Szpitala Wojewódzkiego w Łomży, miały wartość przekraczającą 100.000 zł w zakresie obsługi w zakresie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c w zw. z art. 266 Ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 Ustawy 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 składania, chyba że zamawiający jest w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy, 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.

Zgodnie z art. 61 Ustawy ust. 1. Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. 2. Komunikacja ustna dopuszczalna jest w toku negocjacji lub dialogu oraz w odniesieniu do

informacji, które nie są istotne, w szczególności nie dotyczą ogłoszenia

o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, potwierdzenia zainteresowania, ofert lub prac konkursowych, o ile jej treść jest udokumentowana.

W odniesieniu do zarzutu odwołania w ocenie Izby nie wykazano naruszenia przepisów Ustawy. W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych

uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia

faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, z którym można było powiązać sformułowany w odwołaniu zarzut.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, by niedochowanie terminu wynikało z

przyczyn innych niż leżące po stronie Odwołującego. Wykonawca podejmując decyzję o realizacji zobowiązania na parę minut przed upływem terminu powinien wziąć pod uwagę możliwość zaistnienia przeszkód, w szczególności wynikających z automatycznego upgrade systemu danego komputera, dodatkowo tym bardziej, że problemy wynikające z tego upgrade są częste, ponad to Odwołujący dysponował w czasie wysyłania e-mail większą liczbą komputerów oraz personelu, co do których nie wykazał niemożności wykorzystania lub pomocy. Odwołujący nie wykazał, by istniały jakiegokolwiek obiektywne przeszkody w przesłaniu e-mail z innego dostępnego urządzenia Kancelarii Wykonawcy czy też z urządzenia, z którego Odwołujący korzystał ani, że email przesłany został niezwłocznie po usunięciu przeszkody. Sama przyczyna utrudnień w wysłaniu jednego z email przed godziną 10.00 - pozostałe wysłane zostały bez przeszkód - wskazana została jedynie jako najbardziej prawdopodobna, a więc sam Odwołujący nie jest pewien czy i jaki był powód nieprzesłania e-mail przed godziną 10.00. Podejmując decyzję o przesłaniu Zamawiającemu dokumentów - które znajdowały się w posiadaniu Odwołującego i mogły bez przeszkód zostać wygenerowane z odpowiednim wyprzedzeniem - na ostatnią chwilę wiąże się z ryzykiem, np. zaistnienia przeszkód o charakterze technicznym, które

Wykonawca powinien wziąć pod uwagę, czego nie uczynił. Odwołujący nie wykazał, że przyczyna uchybienia terminowi była zewnętrzna, leżała po stronie Zamawiającego i miała charakter obiektywnie uniemożliwiający uzupełnienie dokumentów potencjalnemu wykonawcy, co ewentualnie przesądzić mogłoby o zasadności oceny nieproporcjonalności skutku w postaci odrzucenia oferty (bez narażenia się na zarzut nierównego traktowania wykonawców i niedochowania zasady uczciwej konkurencji) wobec skutecznego przesłania środków dowodowych 7 minut po terminie i niezwłocznie po ustaniu przeszkody, czego nie wykazano. Tutaj jednak Izba podkreśla, że Ustawa nie przewiduje możliwości przywrócenia terminu ze względu na niezawiniony charakter przyczyny uchybienia terminowi, czego wykazaniu odwołanie nie sprostało, a co dodatkowo umniejsza charakter przeszkody, o ile nie leżała np. całkowicie po stronie Zamawiającego.

Izba wskazuje również na doniosłość wprowadzenia przez ustawodawcę przesłanki odrzucenia odwołania w postaci nie przedłożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, odrębnej od niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wskazuje to właśnie na wolę podkreślenia roli uchybienia terminowi wyznaczonemu przez zamawiającego w zgodzie z normą art. 274 ust. 1 Ustawy i wiążącej się z tym surowej konsekwencji. Izba podziela stanowisko Zamawiającego negujące możliwość uznania braku określenia przez ustawodawcę okresu trwania opóźnienia jako uzasadnienia dla uznania nieproporcjonalności skutku odrzucenia oferty w przypadku, gdy czas ten jest krótki (tutaj 7 minut). Izba stoi również na stanowisku, że za przyjęciem dopuszczalności sanowania niedochowania terminu nie przemawia okoliczność, iż okres uzupełnienia ustalany jest przez Zamawiającego. Izba jeszcze raz podkreśla, że przyjęcie dokumentu i jego ocena przez Zamawiającego pomimo złożenia środków dowodowych po niezależnie od czasu trwania opóźnienia, co do zasady oceniona winna zostać jako naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 16 pkt. 1 Ustawy i właśnie ona stanowić mogłaby podstawę złożenia odwołania.

W ocenie Izby oświadczenie złożone ustnie do protokołu przez Odwołującego nie może - niezależnie od jego zakresu i treści - zostać uznane za podmiotowy środek dowodowy (w tym przypadku zastępujący pewne treści wykazu dostaw i usług,

o którym mowa w § 9 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) złożony zgodnie z przepisami. Wynika to w szczególności z niedochowania wynikającego z art. 61 Ustawy obowiązku przekazywania dokumentów pomiędzy zamawiającym i wykonawcą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz naruszenia przepisów, do których odwołuje się § 15 ww. rozporządzenia (wydanego na podstawie art. 70 Ustawy Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452))

Izba podnosi również, że uwzględnienie znajdującego się w posiadaniu Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, podobnie jak ocena prawidłowości i zgodności z wymaganiami SWZ treści złożonego o godzinie 10.07

wykazu wraz z referencjami, pozostaje poza spektrum badania wobec niewykazania przez Wykonawcę uzupełnienia dokumentów - żądanego wykazu - w przewidzianym na to przez Zamawiającego w zgodzie z art. 274 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 Ustawy terminie - co stanowi prawidłową i aktualizującą się z tą chwilą przesłankę odrzucenia oferty Wykonawcy z tej właśnie przyczyny - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy. W niniejszej sprawie Odwołujący, w szczególności, nie wykazał odpowiednio podjęcia próby wysłania oraz przekazania e-mail z godziny 9.57 oraz 10.07 zawierających podmiotowe środki dowodowe o treści wymaganej przez Zamawiającego, przeszkód w przesłaniu e-mail do godziny 10.00 o charakterze uzasadniającym uznanie za nieproporcjonalny skutku w postaci odrzucenia oferty, dołożenia należytej staranności przy uzupełnianiu środków dowodowych, przyczyny opóźnienia, chwili ustania przeszkody, zgodności z SWZ znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego środków dowodowych bez uwzględnienia treści dokumentów przesłanych po upływie terminu na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący