

Sygn. akt: KIO 799/23

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2023 r. przez wykonawcę M. P. i Partnerzy -Radcowie Prawni Spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, 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;

- 2.2. zasądza od M. P. i Partnerzy - Radcowie Prawni Spółka partnerska z siedzibą w Olsztynie na rzecz Miejskiego Szpitala Zespolonego

w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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: .....

Sygn. akt: KIO 799/23

U z a s a d n i e

Miejski Szpital Zespolony w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Obsługa prawna bieżącej działalności Miejskiego Szpitala Zespolonego w Olsztynie”, numer referencyjny: DZP382-70/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer 2022/BZP 511682/01.

W dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcy M. P. i Partnerzy -Radcowie Prawni sp. p. (dalej: „Odwołujący”) wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych, wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, który wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 274 ust. 1 Pzp, art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c. poprzez wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług poza zakresem wskazanym w treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”);
- 2) art. 522 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu pomimo uwzględnienia zarzutów w całości.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp w części dotyczącej wykazu usług poza zakresem wynikającym z treści SWZ, tj. co do zakresu wskazanego w rozdziale V pkt 1.4 ppkt 1.4.2 - 1.4.6 SWZ.

W uzasadnieniu, w części dotyczącej stanu faktycznego sprawy, Odwołujący wskazał, że w rozdziale V pkt 1.4 lit a) i b) SWZ Zamawiający w zakresie warunku udziału w postępowaniu podał:

- 1.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

a) Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego

umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie lecznictwa szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łóżkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł, w tym:

- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach;
- reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych - w co najmniej 5 sprawach;
- świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy o badania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

b) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że dysponuje co najmniej 4 osobami (włącznie z wykonawcą), które będą gotowe uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, z których co najmniej 3 osoby posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, a jedna co najmniej posiada tytuł magistra prawa oraz jest wpisana na listę aplikantów radcowskich lub adwokackich, od co najmniej 6 miesięcy.

W rozdziale VII SWZ, zawierającym podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający w zakresie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych wymagał: 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 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;

Wzór wykazu wykonanych usług stanowi załącznik nr 4 do SWZ

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający wskazał, że wykaz usług będzie dotyczył:

Nazwa Wykonawcy (Podmiotu) wykazującego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (nazwa, adres)	Nazwa i adres Zamawiającego, dla którego była wykonywana usługa	Termin realizacji usługi	Wartość brutto wykonanej usługi [zł]	Przedmiot usługi (rodzaj i charakter wykonanych usług, opis <u>pozwalający na stwierdzenie, że został spełniony warunek określony w</u> <u>Rozdziale V SWZ pkt. 1 ppkt 1.4 lit. a</u>	Dowody potwierdzające należyte wykonanie usługi (należy podać nr załącznik
					a)
					Zał.
					Zał.

Od treści SWZ zostało złożone odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie warunków udziału w postępowaniu, które zostało przez Izbę uwzględnione w całości. Odwołujący podnosił w tym odwołaniu, że zgodnie z treścią SWZ

sformułowanie „w tym” oznacza konieczność łącznego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w literze a. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż warunki udziału wskazane w literze „a” oraz kolejnych punktach stanowią oddzielne warunki udziału: „Zamawiający wskazuje, że każda z przesłanek określona w lit. a) - e) jest przesłanką samodzielną, a sformułowanie „w tym” dotyczy 3 letniego okresu przed dniem składania ofert. Świadczy o tym wprost treść przesłanek określonych przez Zamawiającego w lit. d) i e), cyt. „d) reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki

organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej(...)” cyt. „e) świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza(...)”. Przesłanki te spełnione mogą zostać zatem nie tylko podczas sprawowania obsługi prawnej podmiotu leczniczego. Gdyby zatem intencją zamawiającego było, aby potencjalny wykonawca spełnił przesłanki wyłącznie podczas obsługi prawnej podmiotu leczniczego, to nie zawarłby on możliwości spełnienia tych przesłanek (lit. „d”) i „e)”) w innych warunkach (po stronie osób fizycznych, prawnych, badacza sponsora etc.), niżeli występowania wyłącznie po stronie podmiotu leczniczego. Wnioskowanie po stronie Odwołującego jest nielogiczne i stanowi nieuzasadnioną nadinterpretację warunków zamówienia.”

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził, iż warunek określony w lit. a) jest warunkiem oddzielnym od kolejnych wskazanych warunków w zakresie doświadczenia. W wykazie usług w tabeli Zamawiający wskazał, że wymaga wpisania jedynie usługi pozwalającej na spełnienie warunku z lit. a). Po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający dokonał zmiany SWZ w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, który został sformułowany w sposób następujący: „zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

1.4.1 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie lecznictwa szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łózkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000,00 zł,

1.4.2 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu przewyższała 75 000,00 zł;

1.4.3 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia

lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;

1.4.4 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach.

1.4.5 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych - w co najmniej 5 sprawach;

1.4.6 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy o badania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

1.4.7 Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej 4 osobami (włącznie z wykonawcą), które będą gotowe uczestniczyć w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, z których co najmniej 3 osoby posiadają wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub ustawą z dnia 25 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, a jedna co najmniej posiada tytuł magistra prawa oraz jest wpisana na listę aplikantów radcowskich lub adwokackich, od co najmniej 6 miesięcy. ”

Odwołujący podał, że Zamawiający nie dokonał zmian w treści SWZ co do żądanych podmiotowych środków dowodowych. Nie nastąpiła zmiana ani w treści rozdziału VII SWZ, ani treści załącznika nr 4 do SWZ zawierającego wykaz usług. 20 lutego 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych

zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ. Pismem z 26 lutego 2023 r. Odwołujący złożył wykaz

wykonanych usług zgodnie z załącznikiem w zakresie odpowiadającym warunkowi określönemu przed zmianą w lit. a) (obecnie rozdział V 1.4.1.). Zamawiający w dniu 28 lutego 2023 r. uznał wykaz za niewystarczający i wezwał do jego uzupełnienia co do warunków wskazanych w SWZ w pkt 1.4.2-1.4.7. Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poza zakresem wskazanym w treści SWZ zostało zaskarżone do Krajowej Izby Odwoławczej. W treści odwołania od czynności wezwania Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wystosowanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której złożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SWZ i załącznika nr 4 do SWZ,
- 2) art. 281 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez żądanie dokumentów podmiotowych niewskazanych w treści SWZ;
- 3) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 274 Pzp poprzez wystosowanie wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 podczas gdy pierwsze wezwanie nie było precyzyjne i jednoznaczne.

W odpowiedzi na odwołanie z 16 marca 2023 r. Zamawiający poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości. W zakresie żądań Odwołujący w uwzględnionym odwołaniu wniósł o: uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp i oceny spełniania warunków udziału na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp, a jedynie ewentualnie o nakazanie unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp i nakazanie ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp wskazującego jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie.

Zdaniem Odwołującego, skoro nastąpiło uwzględnienie odwołania w całości, to na podstawie art. 522 Pzp Zamawiający był zobowiązany wykonać czynności zgodnie z żądaniem odwołania tj.: unieważnić czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp i ocenić spełnianie warunków udziału na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp. Zamawiający natomiast pismem z dnia 17 marca 2023 r. ponownie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w oparciu o art. 274 ust. 1 Pzp, w treści wskazując, że złożony wykaz usług winien dotyczyć warunków udziału wskazanych w rozdziale V pkt 1.4.1.-1.4.6.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1, art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c. poprzez wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych poza zakresem wskazanym w treści specyfikacji warunków zamówienia, Odwołujący wskazał, że analiza treści SWZ oraz stanowiska Zamawiającego wyrażonego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie od treści SWZ wskazuje, iż Zamawiający warunek określony w pierwotnym brzmieniu SWZ w rozdziale V.1.4 lit a) traktował jako oddzielny od pozostałych warunków udziału potwierdzających doświadczenie wykonawcy. Jednocześnie w treści wykazu usług Zamawiający oczekiwał od początku wskazania jednej usługi pozwalającej na stwierdzenie spełnienia warunku udziału, o którym mowa w lit. a) pierwotnego brzmienia SWZ. Warunek określony w V.1.4. lit a) to obecnie warunek określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.1. (a nie jak sugeruje Zamawiający warunki określone w rozdziale V SWZ). W związku z brakiem zmiany SWZ w tym zakresie (co do treści załącznika nr 4), żądanie wykazu usług w zakresie wskazanym w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.2-1.4.6 należy uznać za wykraczające poza ramy wskazane w treści SWZ. Co więcej, od samego początku postępowania Zamawiający zgodnie z odpowiedzią na odwołanie traktował ten warunek odrębnie od pozostałych, co wynika bezpośrednio z treści odpowiedzi na odwołanie od treści SWZ. Zarówno zamawiający jak i wykonawca są związani treścią specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający formułując wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp z 20 lutego 2023 r. zażądał wykazu usług zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ. Załącznik nr 4 do SWZ odnosi się w swej treści tylko do warunku udziału obecnie wskazanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.1 SWZ. Ponieważ od początku prowadzonego postępowania Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał wykazu wykonanych usług w zakresie pozostałych warunków udziału dotyczących doświadczenia, ich żądanie na obecnym etapie narusza podstawowe zasady zamówień publicznych. Mając na uwadze fakt uwzględnienia odwołania w całości oczywistym jest również, iż Zamawiający przyznał, że nie miał podstawy prawnej do wystosowania wezwania do wykazu usług poza warunek określony w lit. a) SWZ przed zmianą. Ten zarzut stanowił główny zarzut odwołania od czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości zgodził się ze wszystkimi zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Dlatego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych przekazane Odwołującemu w dniu 17 marca 2023 r., zgodnie z którym wykaz usług ma obejmować nie tylko usługę wskazaną w Rozdziale V pkt 1.4.1, ale również w pkt 1.4.2 do 1.4.6, jest sprzeczne nie tylko z treścią SWZ, ale również stoi w sprzeczności z uznaniem odwołania przez Zamawiającego, czym Zamawiający naruszył art. 522 Pzp. Na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego precyzyjnego sformułowania zapisów treści specyfikacji oraz zapewnienia spójności treści wskazywanych w samej SWZ oraz w załącznikach. Mając na uwadze literalne brzmienie załącznika Nr 4 do SWZ sporządzonego przez Zamawiającego, żądanie wykazu usług co do

usług wskazanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.2-1.4.6 stanowi żądanie dokumentów podmiotowych niewskazanych w treści SWZ. W istocie nawet żądanie potwierdzenia spełniania warunku udziału określonego dawniej w lit. a) SWZ obecnie nie znajduje podstawy. Powołując się na przytoczone orzecznictwo i stanowisko doktryny Odwołujący stwierdził, że wszelkie niejasności i sprzeczności w treści SWZ winny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Żądanie ww. dokumentów podmiotowych wykracza poza określenie zawarte w treści SWZ i jako takie narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Na chwilę obecną nie wiadomo jakie informacje miałby Odwołujący w tym wykazie przedstawić co do potwierdzenia spełniania warunków udziału określonych w rozdziale

#### V.1.4.2-1.4.6.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie oraz o przeprowadzenie dowodu z akt spraw o sygnaturach KIO 3481/22 oraz KIO 597/23.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że zaskarżona przez Odwołującego czynność wezwania z 17 marca 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 jest czynnością, którą Zamawiający wykonał w wyniku uwzględnienia odwołania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie o sygnaturze KIO 597/23. Tym samym zarzut naruszenia art. 522 Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1, art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający wskazał, że w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz projektowanych zapisów umowy Odwołujący wniósł odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. KIO 3481/22 w wyroku z 11 stycznia 2023 r., w odniesieniu do warunków, nakazała Zamawiającemu:

- 1) wykreślenie w pkt V 1.4 lit. a) SWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu sformułowania „w tym” oraz jednoznaczne opisanie poszczególnych stawianych w postępowaniu warunków udziału,
- 2) zmianę wartości przedmiot sporu opisanej w warunku w postępowaniu z pkt V 1.4. lit. a) kropka pierwsza SWZ poprzez użycie określenia: „w których wartość przedmiotu sporu przewyższała siedemdziesiąt pięć złotych”.

Zamawiający stwierdził, że wykonał czynności, zgodnie z wyrokiem KIO i 16 stycznia 2023 r. zmienił treść SWZ, tj. usunął sformułowanie „w tym”, zmienił wartość sporu, a poszczególne warunki wskazane pierwotnie za pomocą kropki w pkt V 1.4. lit. a) zastąpił warunkami o numeracji pkt V 1.4.1 – 1.4.6.

Zamawiający wskazał, że opisana powyżej zmiana treści SWZ, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, była zgodna z jego pierwotnymi założeniami. W punkcie 1.4.2.

Zamawiający odniósł się wprost do wyroku KIO i zmniejszył wartość sporu. Na potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał (Rozdział VII pkt 2.1 SWZ): 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:

- a) 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;
- b) 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; Wzór wykazu wykonanych usług stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

W dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust.1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym m.in. wykazu wykonanych usług. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, że wobec rozbieżności między treścią SWZ po dokonanych zmianach a treścią załącznika nr 4, odpowiednikiem rozdziału V pkt 1 ppkt 1.4 lit. a) został rozdział V pkt 1 ppkt 1.4.1 i tylko usługi na spełnienie tylko tego warunku Odwołujący przedstawił w wykazie. Na tym etapie Zamawiający powziął informację, że dokonując zmiany treści SWZ nie wprowadził zmiany w treści Załącznika nr 4 do SWZ. Treść tabeli w wykazie usług pozostała w dotychczasowym brzmieniu. W ocenie Zamawiającego oczywistym był jednak fakt, że pierwotny pkt V 1.4. lit. a) (składający się z pozycji wyodrębnionych kropkami) zastąpiły warunki o numeracji pkt V 1.4.1 - 1.4.6, a pozostawienie w tabeli 1.4 lit. a) należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarką. Wobec czego Zamawiający w dniu 28.02.2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia/poprawienia wykazu wykonanych usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt V 1.4.1 -1.4.6. Odwołujący w dniu 3 marca 2023 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie uzupełnił wykaz usług na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu informując jednocześnie, że „z powodu braku precyzji treści samego wezwania oraz wątpliwości, co do oczekiwanego sposobu uzupełnienia wykazu” czynność wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp stanie się przedmiotem odwołania. W dniu 3 marca 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie (sygn. akt 597/23), w którym wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp i oceny spełnienia warunków udziału na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp. ewentualnie o nakazanie unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp i nakazanie ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp wskazującego jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie. Odwołujący przedstawił zatem dwa wykluczające się wzajemnie żądania, a wpisując słowo „ewentualnie” wskazał na ich możliwą wymienną. Wyraz „ewentualnie” należy rozumieć jako „lub”. Odwołujący w treści uwzględnionego odwołania podał Zamawiającemu dwa rozwiązania przedmiotu sporu. Żądanie nakazania unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp i nakazanie ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp wskazującego jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący argumentował tym, że nie wiedział jakie informacje miałby przedstawić w wymaganym wykazie usług oraz, że Zamawiający „winien wezwać do nich na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, ponieważ pierwsze wezwanie - sugerujące konieczność posłużenia się załącznikiem nr 4

do SWZ, mogło wprowadzić w błąd odwołującego". Zamawiający uznał zatem, że czynność wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp należy powtórzyć i doprecyzować, zgodnie z żądaniem Odwołującego. Zamawiający 16 marca 2023 r. uwzględnił odwołanie i dokonał unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp, oraz zobowiązał się do ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp wskazującego jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie, co stanowiło podstawę do umorzenia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z treści postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że KIO analogicznie do Zamawiającego zinterpretowało wymienne żądania Odwołującego. Odwołujący złożył Informację, że Zamawiający winien: unieważnić czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp i ocenić spełnianie warunków udziału na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 Pzp. Zamawiający w dniu 16 marca 2023 r. dokonał czynności zgodnie z Odpowiedzią na odwołanie (sygn. KIO 597/22). Wobec czego ww. żądanie uznał za niezasadne i sprzeczne ze stanem faktycznym. Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność unieważnienia wezwań z art. 274 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 z 16 marca 2023 r. Zamawiający zamknął te czynności, a konsekwencją unieważnionych wezwań jest brak oceny dokumentów Odwołującego, przesłanych w wyniku odpowiedzi na te wezwania.

W dniu 22 marca 2023 r. Odwołujący w odpowiedzi na ponowne wezwanie z art. 274 ust. 1 z 17 marca 2023 r. przedłożył referencje na potwierdzenie warunku z pkt V 1.4.4 oraz oświadczył, że „żądane dokumenty które według najlepszej wiedzy i przypuszczeń Kancelarii winny stanowić wykonanie wezwania zostały przedłożone Zamawiającemu wraz z pismami z dnia 26 lutego 2023 r. oraz 3 marca 2023 r. oraz oświadczam, że dokumenty są prawidłowe i aktualne”. Po czym, w tym samym dniu złożył przedmiotowe odwołanie na czynność wezwania z art. 274 ust. 1 wykonaną przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia Odwołania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (sygnatura sprawy KIO 597/23). W ocenie Zamawiającego przedmiotowe odwołanie podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 528 ust. 5 ustawy Pzp, zaś zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 522 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 należy uznać za nieprawdziwy.

Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny, Zamawiający stwierdził, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 274 ust. 1, art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 522 są bezpodstawne, a odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp. Ponadto odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp. Odwołujący wnoszą odwołanie na czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 274 ust. 1 Pzp, uzasadniając swoje stanowisko rozbieżnością w dokumentach zamówienia powstałą de facto 16 stycznia 2023 r. na skutek z dokonanej w tym dniu zmiany treści SWZ, od której upłynął termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający przyznał, że nie dokonał korekty w Wykazie usług, pozostawiając zapis pkt V 1.4.1 lit a zamiast pkt V 1.4.1-1.4.6, ale jego zdaniem nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że Zamawiający wymaga podmiotowych dokumentów, wykraczających poza treści zawarte w SWZ. Zamawiający informuje, że nie dokonywał żadnych zmian w zakresie rozdziału VII SWZ (Podmiotowe środki dowodowe). Zamawiający na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu konsekwentnie wymagał przedłożenia wykazu wykonanych usług. W pkt V 1.4.1-1.4.6 SWZ opisał poszczególne rodzaje usług / czynności, w obszarach, których wymagał posiadania przez Wykonawcę doświadczenia, dotyczących rękomię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający, zgodnie z Rozporządzeniem 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 w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt V 1.4.1.-1.4.6 mógł żądać jedynie wykazu usług wykonanych, co też uczynił. Każda odmienna interpretacja zapisów SWZ, w tym stanowisko Odwołującego prowadzi, do sytuacji, że Zamawiający miałyby dokonać badania i oceny ofert na podstawie dokumentu, potwierdzającego spełnianie wyłącznie jednego z warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku warunku określonego w pkt V 1.4.1. Podczas

gdy, wszystkie warunki udziału w postępowaniu były przedmiotem odwołania (sygn. akt 3481/22) i w trakcie rozprawy sam Odwołujący wycofał wszystkie zarzuty z zakresu warunków, z wyłączeniem zarzutu dotyczącego wartości przedmiotu sporu z pkt V 1.4. lit. a. W wyniku powyższego KIO uwzględniła odwołanie w tym zakresie. Tym samym Odwołujący uznał, że Zamawiający postawił warunki zgodnie z Pzp i tylko jeden z nich uległ modyfikacji. Zamawiający wykonując wyrok KIO nie mógł odstąpić od żądania od Wykonawców potwierdzenia spełniania tych warunków. Oczywiście omyłka pisarska Zamawiającego nie świadczy o tym, że na etapie wykonywania wyroku KIO Zamawiający zrezygnował z żądania wykazu usług na potwierdzenie wszystkich usług, bo też nie miał prawa tego uczynić. Jeżeli taka teza zostałaby uznana za zasadną to należy postawić pytanie, czy ewentualny wybór najkorzystniejszej oferty w oparciu o dokumenty na potwierdzenie tylko jednego z warunków byłby zgodny z art. 16 pkt 1 Pzp?. W ocenie Zamawiającego jest to niedopuszczalne i niezgodne ze stanem prawnym i faktycznym. Oczywiście błąd pisarski Zamawiającego nie może stanowić dyspozycji dla Odwołującego do jego dowolnej interpretacji, gdzie każdy profesjonalny Wykonawca, mający doświadczenie w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego weryfikując dokument Zmiany treści SWZ z dnia 16 stycznia 2023 r. nie miałby wątpliwości, że wykaz wykonanych usług ma na celu potwierdzenie wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący wielokrotnie powołuje się na oświadczenia Zamawiającego, składane w toku postępowaniu odwoławczego o sygn. akt 3481/22, którym także nadaje własne interpretacje. Zamawiający w ww. postępowaniu podtrzymywał zasadność postawionych warunków udziału, a w odpowiedzi na odwołanie sprecyzował, że każda z przesłanek jest przesłanką samodzielną. Przedmiotem ww. odwołania nie były dokumenty podmiotowe. Nadto Odwołujący składa sprzeczne oświadczenia i żądania. Odwołujący w odwołaniach z 3 lutego 2023 r. oraz 17 marca 2023 r. stoi na stanowisku, że Zamawiający winien dokonać oceny warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów przedłożonych na pierwsze wezwanie Zamawiającego z 20 lutego 2023 r., gdzie Odwołujący przedłożył wykaz usług wyłącznie w odniesieniu do warunku z pkt V 1.4.1, natomiast Odwołujący pomija fakt, że Odwołujący w dniu 3 marca 2023 r. uzupełnił wykaz wykonanych usług także w odniesieniu do warunków z pkt V.1.4.2-1.4.6. Przedstawiając te dokumenty Odwołujący oświadczył także, że dokumenty te winny stanowić wykonanie wezwania. W dniu 22 marca

2023 r. Odwołujący złożył przedmiotowe odwołanie, gdzie wnosi o unieważnienie czynności ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 Pzp. Tego samego dnia, Odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie (czynność zaskarżona) i oświadczył, że dokumenty, które winny stanowić wykonanie wezwania zostały przedłożone Zamawiającemu wraz z pismami z dnia 26 lutego 2023 r. oraz 3 marca 2023 r. (m.in. wykaz na warunki z pkt

V1.4.1-1.4.6) oraz że dokumenty są prawidłowe i aktualne. Zamawiający stwierdził, że dokumenty przedłożone w dniu 26 lutego 2023 r. oraz 3 marca 2023 r. na obecnym etapie nie podlegają ocenie, ponieważ zostały złożone w odpowiedzi na unieważnione w dniu 16 marca 2023 r. czynności wezwań z art. 274 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze powyższe, trudno Zamawiającemu ocenić intencje i kierunek postępowania Odwołującego. Z jednej strony Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie miał prawa wymagać wykazu usług we wskazanym zakresie, że wezwania były nieprecyzyjne, że Odwołujący miał wątpliwości co do sposobu wypełnienia wykazu, z drugiej zaś Odwołujący uzupełnia dokumenty, zgodne z wezwaniami Zamawiającego, potwierdza ich prawidłowość i aktualność, po czym składa kolejne odwołania. W pierwszym odwołaniu Odwołujący zaskarżył w zasadzie każdy z warunków udziału w postępowaniu, podczas rozprawy z większością się jednak wycofał i przedmiotem sporu był tylko jeden warunek, który został rozstrzygnięty na korzyść Odwołującego. Należy zatem stwierdzić, że Odwołujący po rozpatrzeniu odwołania przez KIO uznał, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę. Odwołujący przed otwarciem ofert nie kwestionował treści SWZ w zakresie wymaganych dokumentów, nie wniósł odwołania na czynność Zmiany treści SWZ z dnia 16 stycznia 2023 r., nie zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie. Przedłożone przez Odwołującego w dniu 3 marca 2023 r. dokumenty, potwierdzają, że Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości w wypełnieniu wykazu usług, potrafił go wypełnić. Oświadczenia i stanowisko składane podczas pierwszego odwołania pozwalają twierdzić, że Odwołujący uznał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo to, z nieznanymi Zamawiającemu powodów Odwołujący skutecznie utrudnia Zamawiającemu zakończenie przedmiotowego postępowania. Z tego rodzaju praktykami Zamawiający spotyka się po raz pierwszy. Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 22 grudnia 2022 r. Odwołujący pomimo, iż jego oferta została najwyżej oceniona nie współdziała z Zamawiającym w celu sfinalizowania zamówienia. Przedkładane w toku badania i oceny oferty dokumenty wymagały niejednokrotnie uzupełnienia/poprawienia, Zamawiający każdorazowo z należytą starannością i bez zbędnej zwłoki realizował ustawowe obowiązki, kierując poszczególne wezwania. Odwołujący natomiast konsekwentnie składa kolejne odwołania, bezpodstawnie skarżąc czynności, na które albo upłynął termin na wniesienie odwołania (Zmiana treści SWZ z dnia 16 stycznia 2023 r.) albo dotyczą one czynności wykonanej zgodnie z żądaniem samego Odwołującego, jednocześnie przekładając wymagane dokumenty. Ta sytuacja działa na niekorzyść Zamawiającego, ponieważ nie ma on stabilnej sytuacji w obszarze obsługi prawnej. Zamawiający nie ma wiedzy jak długo powinien jeszcze kontynuować zatrudnienie radcy prawnego na umowę o pracę, który obecnie świadczy przedmiotowe usługi. Zamawiający nie wie, kiedy postępowanie może się zakończyć. Zamawiający ma jednak uzasadnione przekonanie, że

jakąkolwiek czynność wykona, to z dużym prawdopodobieństwem zostanie ona również zaskarżona przez Odwołującego.

Do pisma Zamawiający załączył dokumenty: Zmiana Treści Specyfikacji Warunków Zamówienia z 16 stycznia 2023 r., Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp z 20 lutego 2023 r., Uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych z 26 lutego 2023 r., Wezwanie do uzupełnienia/ poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp z 28 lutego 2023 r., Dokumenty przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w dniu 3 marca 2023 r., Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z art. 274 ust. 1 z 17 marca 2023 r., Informacja złożona przez Odwołującego 17 stycznia 2023 r., Dokumenty przedłożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w dniu 22 marca 2023 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do pism złożonych przez strony.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zawartego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 Pzp, uznając, że nie wystąpiły ku temu podstawy.

Stosownie do art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione wobec czynności wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 17 marca 2023 r. na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp. Odwołanie zostało wniesione 22 marca 2023 r., a więc w ustawowym terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp. Okoliczność, iż w odwołaniu na poparcie stawianych zarzutów Odwołujący zawarł również argumentację dotyczącą treści SWZ po jej zmianie dokonanej przez Zamawiającego 16 stycznia 2023 r. nie zmienia powyższej oceny.

Stosownie do art. 528 pkt 5 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z

żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołanie zarejestrowane pod sygn. KIO 597/23, zostało wniesione przez Odwołującego na czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i zawierało trzy zarzuty i dwa żądania, które zostały postawione jako ewentualne. Zamawiający stwierdził, że uwzględnia odwołanie w całości i wykonał jedno z tych żądań, uznając, że miał wybór co do zastosowania się do jednego z żądań. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien natomiast dokonać innego wyboru, przy czym jego zdaniem wezwanie w części odnoszącej się do warunku określonego w rozdziale V pkt 1.4.1 jest prawidłowe, jednakże zaskarżeniu podlega wezwanie w zakresie dotyczącym pkt 1.4.21.4.6. W ocenie Odwołującego wykonanie żądania ewentualnego wybranego przez Zamawiającego byłoby możliwe, gdyby Zamawiający uwzględnił w części odwołanie, tj. tylko w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3.

Istnieje zatem spór co do tego, czy Zamawiający zastosował się do wymogów wynikających z przepisu art. 522 Pzp. Spór ten podlega rozstrzygnięciu przez Izbę.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale V pkt 1.4 lit. a SWZ przed zmianą z 16 stycznia 2023 r. warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został określony w sposób następujący:

1.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

a) Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie leczenia szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łóżkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000 zł, w tym

- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, w których wartość przedmiotu sporu wynosiła co najmniej 2 000 000 zł;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;
- reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach
- reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych – w co najmniej 5 sprawach;
- świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy o badania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

Po wprowadzeniu 16 stycznia 2023 r. zmian w rozdziale V pkt 1.4 lit. a SWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został określony w sposób następujący:

1.4. zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający określa szczegółowo spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób następujący:

1.4.1 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje łącznie co najmniej 1 usługę polegającą na kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu leczniczego

posiadającego umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w zakresie leczenia szpitalnego, który dysponuje co najmniej 200 łóżkami, a łączna kwota zamówienia była nie niższa niż 100 000,00 zł

1.4.2 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy posiadający umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia w postępowaniach administracyjnych lub sądowych toczących się na podstawie i/lub dotyczących ustawy o świadczeniach z opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej,

w których wartość przedmiotu sporu przewyższała 75 000,00 zł;

1.4.3 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę tytułem zadośćuczynienia lub renty lub odszkodowania, dochodzonego w związku z uszczerbkiem na zdrowiu, związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w podmiocie leczniczym, w co najmniej 10 postępowaniach;

1.4.4 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje podmiot leczniczy przed sądami powszechnymi, w sprawach cywilnych o zapłatę na rzecz podmiotu leczniczego za udzielone świadczenia zdrowotne w ww. podmiocie leczniczym w związku z brakiem uprawnienia po stronie świadczeniobiorcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, w co najmniej 10 postępowaniach.

1.4.5 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie reprezentował lub reprezentuje osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej w postępowaniach, w tym także podmioty lecznicze przed organami administracji publicznej, w tym w szczególności przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych – w co najmniej 5 sprawach;

1.4.6 Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie świadczył usługi po stronie podmiotu leczniczego, sponsora lub badacza, polegające na zaopiniowaniu i zatwierdzeniu pod względem formalno-prawnym projektu umowy o badania kliniczne (w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne).

Załącznik nr 4 zawierający wzór wykazu usług (przedstawiony powyżej w odwołaniu) nie został zmieniony.

Pismem z 17 marca 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazując w omawianym zakresie, że: wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

1. 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 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;

Wzór wykazu wykonanych usług stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

(...)

Zamawiający informuje, że Wzór wykazu wykonanych usług jest dokumentem podmiotowym na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, określonych w Rozdziale V pkt. 1.4 (ppkt 1.4.1-1.4.6). Kolumnę „Przedmiot usługi (rodzaj i charakter wykonanych usług, opis pozwalający na stwierdzenie, że został spełniony warunek określony w Rozdziale V SWZ pkt 1 ppkt 1.4 lit a)” należy interpretować zgodnie ze Zmianą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia z dnia 16.01.2023 r., gdzie warunki z Rozdziału V SWZ pkt 1 ppkt 1.4 lit a zastąpiły warunki o numeracji: Rozdział V SWZ pkt 1.4. ppkt 1.4.1-1.4.6.

Wobec czego w wykazie usług, w kolumnie „przedmiot usługi (...)” należy opisać wykonane usługi w zakresie poszczególnych warunków, dołączając dowody potwierdzające ich należyte wykonanie. Wykonane usługi muszą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale V SWZ pkt 1.4. ppkt 1.4.1 - 1.4.6.

Powyższe dokumenty należy złożyć podpisane w terminie do dnia 23.03.2023 r. za pośrednictwem platformy e-zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie potwierdziły się zarzuty odwołania, w granicach których Izba

orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 274 ust. 1, art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c. poprzez wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług poza zakresem wskazanym w treści SWZ

Stosownie do 274 ust. 1 Pzp: 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 art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp 2: W przypadkach, o których mowa w SWZ zawiera również: 2) informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje; 3) informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia;

W myśl art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 3) proporcjonalny.

Art. 70<sup>1</sup> k.c. stanowi: § 1. Umowa może być zawarta w drodze aukcji albo przetargu. § 2. W ogłoszeniu aukcji albo przetargu należy określić czas, miejsce, przedmiot oraz warunki aukcji albo przetargu albo wskazać sposób udostępnienia tych warunków. § 3. Ogłoszenie, a także warunki aukcji albo przetargu mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści. § 4. Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że wezwanie z 17 marca 2023 r. dotyczące wykazu wykonanych usług dotyczy dokumentu podmiotowego wykraczającego poza zakres określony w treści SWZ.

Przed wszystkim nie jest sporne, że Zamawiający w SWZ przewidział wykaz wykonanych usług jako podmiotowy środek dowodowy. Nie tylko zatem mógł, ale wręcz był zobowiązany do żądania od wykonawcy jego przedłożenia.

Nie można także zgodzić się z Odwołującym, że zakres zakwestionowanego przez niego wezwania do złożenia tego wykazu usług, wykracza poza zakres określony w SWZ.

W sprawie zwraca uwagę, że Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 3481/22, w dniu 16 stycznia 2023 r. wprowadził zmiany w rozdziale V SWZ określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w ten sposób, że w miejsce wcześniej opisanych w SWZ w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4 lit. a kropka od 1 do 5,

określił te warunki w ppkt 1.4.1. do 1.4.6, zmieniając wartość przedmiotu sporu określonego w ppkt 1.4.2. (przed zmianą pkt 1 ppkt 1.4 lit a kropka pierwsza) i dodając na wstępie każdego z pkt: „Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”, zaś w dalszej części utrzymując dotychczasowe brzmienie warunku. Zauważenia przy tym wymaga, że obecny pkt 1.4.1 odpowiada opisowi zawartemu wcześniej przed sformułowaniem: „w tym” które poprzedzało opis warunków wymienionych w poniżej przedstawionych kropkach i które to sformułowanie w wyniku ww. zmiany zostało usunięte, a zamiast oznaczeń w postaci kropek zostały wprowadzone oznaczenia: 1.4.2, 1.4.3, 1.4.4, 1.4.5, 1.4.6.

W związku z tym nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który twierdzi, że dawny pkt 1 ppkt 1.4 lit. a rozdziału V SWZ odpowiada wyłącznie obecnemu pkt 1.4.1. Porównanie powyżej przedstawionych treści SWZ w omawianym zakresie przed i po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego 16 stycznia 2023 r., prowadzi bowiem do odmiennego wniosku, tj., że dawnemu pkt 1 ppkt 1.4 lit. a rozdziału V SWZ odpowiadają ppkt od 1.4.1 do 1.4.6 rozdziału V SWZ po zmianach.

Z tych względów za niezasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego, że wobec braku dokonania przez Zamawiającego zmiany załącznika nr 4 zawierającego wykaz wykonanych usług, a tym samym pozostawienia w nim odniesienia do warunku określonego w rozdziale V SWZ pkt 1 ppkt 1.4 lit. a, wystarczy, aby wykonawca złożył wykaz, w którym potwierdziłby spełnienie warunku określonego obecnie w ppkt 1.4.1. rozdziału V SWZ, zaś żądanie wskazania w tym wykazie usług na potwierdzenie spełniania pozostałych warunków udziału w postępowaniu, określonych obecnie w ppkt 1.4.2 do 1.4.6. miałoby być żądaniem wykraczającym poza zakres wskazany w SWZ.

Dokumenty zamówienia należy czytać jako całość. Bezsporna okoliczność, że Zamawiający nie dokonał zmiany załącznika nr 4 i w związku z tym pozostało w nim wskazanie na pkt 1 ppkt 1.4. lit a, w świetle poprzedniego i aktualnego opisu zawartych w tych punktach warunków udziału w postępowaniu, nie powinna budzić wątpliwości co do sposobu wypełnienia wykazu usług, zwłaszcza dla profesjonalisty, za jakiego uznaje się wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że sam Odwołujący na rozprawie stwierdził, że to co było uwzględnione po kropkach oznaczało inne warunki, które teraz są uwzględnione w punktach 1.4.2-1.4.6.

Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, to jednak w okolicznościach analizowanej sprawy nie można mówić o niejasnościach, które

mogłyby negatywnie skutkować dla wykonawcy, lecz raczej o woli wykorzystania ich dla potrzeb ponownej (obecnie spóźnionej) próby polepszenia swojej sytuacji w stosunku do tej, która wynika i wynikała z SWZ przed jej zmianą z 16 stycznia 2023 r. Jak bowiem wskazał Odwołujący na rozprawie, ten negatywny dla niego skutek podnoszonych przez niego niejasności SWZ związanych z pozostawieniem w załączniku nr 4 w tabeli oznaczenia „lit. a”, które to obecnie w ppkt 1.4. nie występuje, rozumie w ten sposób, że powinien wykazać wykonanie usług potwierdzających spełnianie jedynie warunku udziału w postępowaniu określonego w ppkt 1.4.1, a zatem miałby zostać zwolniony z wykazywania spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonych od początku w SWZ. Zauważenia przy tym wymaga, że w sprawie toczącej się pod sygnaturą KIO 3481/22 Odwołujący podtrzymał w omawianym zakresie jedynie odwołanie w zakresie zarzutu i żądania usunięcia z warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy sformułowania „w tym” oraz podtrzymał zarzut i żądanie usunięcia z warunku z rozdziału V pkt 1.4. lit a) kropka pierwsza SWZ wartości przedmiotu sporu, zaś wycofał zarzuty dotyczące pozostałych warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zrezygnował z żądania ich usunięcia. Tym samym należy przyjąć, że Odwołujący uznał, że nie naruszają one wskazanych przez niego przepisów Pzp, jak też, mając na uwadze to, że złożył ofertę, można założyć, że w swojej ocenie spełnia te warunki. Trudno zatem zaakceptować obecnie podjętą kolejną próbę ograniczenia zakresu wykazania spełnienia tych warunków udziału w postępowaniu. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że żądanie podmiotowych środków dowodowych jest ściśle związane z postawieniem warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby pozostawienie w tabeli załącznika nr 4 oznaczenia „1.4.lit. a” wobec braku takiego oznaczenia w pkt 1.4 w rozdziale SWZ po zmianach wprowadzonych 16 stycznia 2023 r. oraz utrzymanie w pkt 1.4 tego samego, co do meritum, katalogu warunków udziału w postępowaniu, które odpowiadają tym, które były wymienione wcześniej w tym punkcie, przy zmianie oznaczeń (kropki zostały zastąpione ppkt 1.4.2 – 1.4.6) oznacza, że niewątpliwie zbędne pozostawienie w załączniku nr 4 wskazania na lit a, nie skutkuje dla wykonawcy jakkolwiek zmianą co do zakresu koniecznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że jak sam twierdzi Odwołujący, powołując się na stanowisko Zamawiającego, od początku każdy z warunków był rozumiany samodzielnie. W wykazie winny być zatem wskazane usługi potwierdzające spełnianie każdego z warunków wymienionych w pkt 1.4. niezależnie od sposobu ich formalnego oznaczenia (wcześniej kropki, a obecnie ppkt 1.4.2 – 1.4.6).

Nie jest przy tym sporne, że Odwołujący, niezależnie od złożenia analizowanego odwołania, złożył - w terminie określonym w zakwestionowanym przez niego wezwaniu –

dokumenty wykraczające poza zakres, jaki w odwołaniu uznaje za jedynie właściwy, tj. ponad warunek określony w aktualnym ppkt 1.4.1. Za niewiarygodne należy zatem uznać twierdzenia Odwołującego, jakoby w świetle postanowień SWZ nie wiedział, jak ma wypełnić tabelę zawartą w załączniku nr 4 zawierającym wykaz usług. Tym bardziej, że w zakwestionowanym przez niego wezwaniu Zamawiający jasno określił wymogi w tym zakresie, czyniąc to w sposób, który odpowiada treści SWZ czytanej jako całość.

Ad zarzut naruszenia art. 522 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu pomimo uwzględnienia zarzutów w całości.

Art. 522 Pzp stanowi: 1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. 2. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. 3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. 4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim

przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Odwołujący uzasadnia zarzut naruszenia art. 522 (bez wskazania konkretnego ust.) w szczególności tym, że według niego, od początku prowadzonego postępowania Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał wykazu wykonanych usług w zakresie pozostałych warunków udziału dotyczących doświadczenia. W związku z tym ich żądanie na obecnym etapie narusza podstawowe zasady zamówień publicznych. Jak stwierdził w odwołaniu „Mając na uwadze literalne brzmienie załącznika Nr 4 do SWZ sporządzonego przez Zamawiającego, żądanie wykazu usług co do usług wskazanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.2-1.4.6 stanowi żądanie dokumentów podmiotowych niewskazanych w treści SWZ. W istocie

nawet żądanie potwierdzenia spełnienia warunku udziału określonego dawniej w lit. a SWZ obecnie nie znajduje podstawy.”

Tymczasem jak wynika z wyżej przedstawionego stanowiska odnośnie do pierwszego z zarzutów odwołania, Zamawiający od początku prowadzonego postępowania oczekiwał wykazu wykonanych usług w zakresie wszystkich warunków udziału dotyczących doświadczenia.

Wezwanie z 17 marca 2023 r. dotyczące złożenia wykazu wykonanych usług zostało wystosowane przez Zamawiającego w wyniku wyboru jednego z dwóch ewentualnych żądań zawartych w odwołaniu w sprawie KIO 597/23. W świetle redakcji odwołania w sprawie KIO 597/23, w szczególności braku odnośnych sformułowań, które by wskazywały na inne rozumienie żądań, nadto żądań, które ze swej istoty się wyłączają, nie można podzielić przedstawionego na rozprawie stanowiska Odwołującego, że pierwsze z żądań jest w jego ocenie żądaniem głównym.

Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego, odnośny fragment odwołania w sprawie KIO 597/23 przedstawia się następująco.

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp poprzez wystosowanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której złożone przez odwołującego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią swz i załącznika nr 4 do swz,
- 2) art. 281 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp poprzez żądanie dokumentów podmiotowych niewskazanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 274 pzp poprzez wystosowanie wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 podczas gdy pierwsze wezwanie nie było precyzyjne i jednoznaczne.

III. W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 pzp i oceny spełnienia warunków udziału na podstawie złożonych przez Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 pzp ewentualnie

o nakazanie unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 pzp i nakazanie ponownego wezwania z art. 274 ust. 1 pzp wskazującego jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu sformułował dwa ewentualne żądania, przy czym zważywszy na redakcję odwołania w tym zakresie, oba żądania odnosiły się do wszystkich trzech zarzutów odwołania. Odwołujący nie wskazał, aby jedno z tych żądań było postawione na wypadek uwzględnienia w części odwołania w odniesieniu do poszczególnego czy poszczególnych zarzutów, jak również w przypadku żądania wymienionego po wyrazie „ewentualnie” nie zostało wskazane, że jest ono postawione na wypadek nie uwzględnienia żądania wyżej wymienionego. Oznacza to, że Zamawiający mógł dokonać wyboru jednego z ewentualnych żądań.

Nie jest sporne, że Zamawiający unieważnił czynności wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ust. 1 i art. 128 ust. 1 Pzp i ponownie wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie z art. 274 ust. 1 Pzp wskazując jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny zostać złożone w odpowiedzi na to wezwanie. Zastosował się zatem do żądania zawartego w odwołaniu. Wykonanie ewentualnego żądania zawartego w odwołaniu nie skutkuje naruszeniem wskazanych przez Odwołującego przepisów Pzp.

Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność Zamawiającego z 16 marca 2023 r. dotyczącą unieważnienia wezwań do złożenia podmiotowych środków dowodowych wystosowanych: 20 lutego 2023 r. – na podstawie z art. 274 ust. 1 Pzp oraz 28 lutego 2023 r. - na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. O unieważnieniu ww. wezwań (a nie tylko wezwania wystosowanego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp którego dotyczyło pierwsze z żądań tego odwołania), Zamawiający poinformował również w

odpowiedzi z 16 marca 2023 r. na odwołanie w sprawie KIO 597/23, załączając informację w tym przedmiocie i stwierdzając w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania: „Zamawiający, zgodnie z żądaniem Odwołującego w dniu 16.03.2023 r. unieważnił czynność wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 oraz wezwania do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający powtórzy czynność wezwania z art. 274 ust. 1 ustawy pzp, wskazując jednoznacznie jakie dokumenty podmiotowe winny być złożone w odpowiedzi na to wezwanie.”

Wskazuje to, że Odwołujący zaakceptował powyższą czynność Zamawiającego pomimo, iż wskazywała ona na to, że Zamawiający wykonał nie to z żądań ewentualnych, którego obecnie Odwołujący oczekuje.

Trudno zatem nie dostrzec braku konsekwencji w stanowisku Odwołującego, który nie zgłasza zastrzeżeń do czynności unieważnienia ww. wezwań, która była objęta jednym z żądań ewentualnych, zaś kwestionuje objęty tym samym żądaniem skutek tej czynności w postaci wezwania z 17 marca 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, twierdząc, że inne z postawionych przez niego żądań było tym, które Zamawiający winien wykonać.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....