

WYROK

Warszawa dnia 2 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 28 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez odwołującego: Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk Spółka Komandytowa ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża odwołującego: Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk Spółka Komandytowa ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa 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: Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk Spółka Komandytowa ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro, o której mowa w art. 359 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 359 pkt 2 w/w ustawy pn.: „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy” (Znak sprawy: BF-WZP-2374-1-13 -BKSIO-TP-AK/2024)

Nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2024/BZP 00488051/01 z dnia 06.09.2024r.

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) - zwanej dalej: ustawą Pzp CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK Spółka komandytowa wniosła odwołanie na niezgodne z przepisami Ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zw. z art. 359 pkt 2 Ustawy Pzp, polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego się, a w konsekwencji dokonaniu obciążonej błędem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie wniesiono w terminie, bowiem zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy Pzp, gdy wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż progi unijne - a przedmiotowe zamówienie do takich należy - odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania w dniu 8 listopada 2024 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zatem 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upływał 13 listopada 2024 r. Odwołujący złożył niniejsze odwołanie w terminie, co oznacza, że uczynił zadość wymogom Ustawy Pzp w tym zakresie.

Odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia w następujący sposób. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły

Odwołującemu ewentualną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Istotnym jest fakt, że w przypadku uwzględnienia podczas dokonywania wyboru oferty Odwołującego się, wskazana oferta byłaby najkorzystniejsza, a zatem należałoby wybrać do realizacji ofertę Odwołującego się. Jak twierdzi Odwołujący w odwołaniu, złożył on ofertę, która spełniała wymagania określone w SWZ. Jednak wskutek dokonanych czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego oferta Odwołującego nie została oceniona, w konsekwencji czego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Co do wykazania szkody to Odwołujący wskazał, że został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. W powyżej przedstawionym stanie, Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 Ustawy Pzp.

Odwołujący kolejno w odwołaniu wskazał okoliczności, których dopuścił się Zamawiający:

Zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp bezpodstawnie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp., dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego się jakoby jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia, a następnie Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która to czynność została w konsekwencji odrzucenia oferty obciążona błędem.

Odwołujący przywołał za Zamawiającym podstawę odrzucenia jego oferty to jest niezgodność z warunkami zamówienia.

Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty i stwierdza, że wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że czynności podjęte przez Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp oraz postanowień SWZ. Według odwołującego w szczególności naruszają one:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego się;
- 2) postanowienia SWZ - przez ich wadliwe zastosowanie, w konsekwencji niezasadne uznanie, że zapisy SWZ (wraz z załącznikami) wskazują na to, że Odwołujący się złożył ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp w związku z postanowieniami SWZ przez niewezwanie Odwołującego do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy;
- 4) art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub oświadczenia o niemożności przedłożenia takich referencji, niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie celem dogłębnego wyjaśnienia kwestii mających istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania.
- 5) art. 125 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych tj. referencji podczas gdy aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert,
- 6) art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Wykonawcę do przedłożenia referencji w terminie 5 dni, podczas gdy zasadnym było ewentualnie wezwanie Wykonawcy do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne.

Zaznaczenia wymaga, że pomimo, iż Zamawiający jest związany postanowieniami SWZ oraz przepisami Ustawy Pzp, to nie przestrzegał ich na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, przez co doprowadził do naruszenia wyżej wymienionego przepisu Ustawy Pzp, i to w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o:

1) wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie czynności badania i oceny ofert w celu wyboru wykonawcy do realizacji zadania;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

W dniu 8 listopada 2024 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego się oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty do realizacji zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy” (Znak sprawy: BF-WZP-2374-1-13-BKSiO-TP-AK/2024).

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego przedstawioną we wskazanym piśmie informującym o odrzuceniu oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również z samą czynnością unieważnienia przedmiotowego postępowania, dlatego też uznał, że wniesienie uzasadnienia jest uzasadnione.

Za podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął fakt, że oferta Odwołującego się podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i tym samym wybrał najkorzystniejszą z dniem Zamawiającego niepodlegającą odrzuceniu ofertę wykonawcy CenterMed Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przede wszystkim wskazać należy tutaj, że zgodnie z zapisami Rozdziału 10 ust. 6 pkt 1 SWZ Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający będzie żądał złożenia następującego podmiotowego środka dowodowego: 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 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, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 4 do SWZ.

Nadto w w/w punkcie Zamawiający wyjaśnił, że „Okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa powyżej, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.”. Nie ma w tym miejscu wskazania, do których terminów odnosi się powyższa uwaga zamieszczona w SWZ, a co za tym idzie, uznać należało, że dla terminu ważności referencji wymaganych przez Zamawiającego punktem odniesienia jest również dzień, w którym upływa termin składania ofert. Co istotne, Odwołujący wraz ze złożoną ofertą dostarczył do Zamawiającego wymagane referencje, wobec czego na dzień składania ofert, tj.: 23.09.2024 r., referencje były ważne.

Zaznaczam, że zgodnie z §9 ust. 2 pkt 1 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 (zwanego dalej: Rozporządzeniem PŚD) okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 (dotyczy wykazu usług) i 9, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. De facto Rozporządzenie PŚD nie mówi, o które okresy chodzi.

Poza tym należy zauważyć, że Zamawiający dopuścił złożenie zamiennie w zakresie referencji dla zamówień nadal realizowanych przez wykonawcę oświadczenia, co wykonawca uczynił. Zaś podkreślenia wymaga fakt, iż „Złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich nieuzyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Z kolei ocena oświadczenia wykonawcy będzie należała do zamawiającego, którego zadaniem będzie rozważenie, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji.” (wyrok KIO z dnia 18 marca 2024 r., sygn. akt KIO 721/24).

Następnie wyjaśniam, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 225/23) wskazała, iż działanie wykonawcy polegające na złożeniu części podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy Pzp i w związku z tym nie może wywołać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Jeśli wykonawca złoży wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a charakter tych dokumentów powoduje, że ich treść nie ulegnie zmianie i zawsze będzie aktualna, zamawiający może przyjąć te dokumenty. W takim przypadku wezwanie wykonawcy zgodnie z art. 274 ust. 1 lub 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych lub wezwanie do potwierdzenia, że są one nadal aktualne jest bezzasadne i będzie stanowiło zbędny formalizm ze strony zamawiającego. Należy zauważyć, że analizowany powyżej wyrok jest przykładem bardziej racjonalnego podejścia Krajowej Izby Odwoławczej do problematyki składania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Warto jednak zauważyć, że przepis art. 274 ust. 1 ustawy Pzp nie mają wymiaru absolutnego. Jeżeli wykonawca złożył wraz z ofertą podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, zamawiający może przyjąć te podmiotowe środki dowodowe. W takim przypadku wezwanie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do potwierdzenia, że są nadal aktualne będzie bezzasadne.

Analogicznie wskazuję, że na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych pojawił się pogląd, że co prawda, jeżeli wykonawca samodzielnie, bez wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełni dokumenty, na zamawiającym w dalszym ciągu ciąży obowiązek precyzyjnego wezwania wykonawcy na podstawie ww. przepisu do uzupełnienia dokumentów w koniecznym zakresie. Niemniej jednak już na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy uznano, że odstąpienie od powyższego może dotyczyć sytuacji, gdy wykonawca mimo braku wezwania, samodzielnie uzupełni dokumenty w takim zakresie, jaki rzeczywiście jest potrzebny do wykazania np. warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji bowiem (czyli po prawidłowym samouzupełnieniu) nie zachodzi już przesłanka, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. brak złożenia oświadczeń lub dokumentów, ich niekompletność, błędy lub wątpliwości po stronie zamawiającego. Zatem po prawidłowym samo uzupełnieniu, w świetle ww. przepisu, zamawiający może zostać zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia.

Zaznaczam, że użyte zarówno w art. 126 ust. 1 Ustawy Pzp, jak i w art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp, wyrażenie „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych” w praktyce budzi niezrozumienie. Niezrozumienie problematyki aktualności podmiotowych środków dowodowych wynika z samego wyrażenia „do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż (...), aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”, z którego może się wydawać, że złożone podmiotowe środki dowodowe muszą być (dosłownie) aktualne na dzień ich złożenia (wystarczy, że będą potwierdzać aktualność na dzień ich złożenia). Bowiem użyte w art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp wyrażenie „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych” należy interpretować razem z przepisami art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oraz rozporządzenia PŚD.

Z przepisów art. 125 ust. 3 oraz art. 126 ust. 1 i art. 274 ust. 1 ustawy Pzp jasno wynika, że aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert. Gdyby przyjąć, że podmiotowe środki dowodowe potwierdzają brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu dopiero na dzień ich złożenia, to przepis art. 125 ust. 3 ustawy Pzp byłby zbędny.

Za trafny należy uznać pogląd, zgodnie z którym „Warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDz.” (wyrok KIO z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 430/20).

Nadto zgodnie z art. 274 ust. 1 Ustawy 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. W przypadku, gdy wykonawca złożył już te dokumenty wraz z ofertą to tak naprawdę należy upewnić się, że pozostają one aktualne lub ewentualnie czy wykonawca nie chce ich uzupełnić. W takim przypadku rekomendowanym rozwiązaniem byłoby wezwanie wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych lub potwierdzenia, że te złożone z ofertą stanowią całość i pozostają aktualne. Innymi słowy, zgodnie z procedurą dokumenty przedłożone na etapie ofertowania co najwyżej mogłyby zostać uznane za przedwczesne i w takim przypadku zadaniem Zamawiającego byłoby upewnić się, że pozostają one nadal aktualne.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że najbardziej prawidłowym rozwiązaniem jest potwierdzenie u Wykonawcy aktualności złożonych wraz z ofertą dokumentów, co potwierdza stanowisko KIO zawarte w wyroku z 25.01.2017 r. (sygn. akt KIO 103/17). Izba w przedmiotowym orzeczeniu rozstrzygnęła, że zamawiający powinien potwierdzić u wykonawcy aktualność dokumentów, które ten złożył samodzielnie wraz z ofertą: "Skoro przystępujący, wbrew dyspozycjom zamawiającego do oferty załączył tzw. dokumenty podmiotowe - potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu - zachodziła konieczność wezwania przez zamawiającego przed wyborem oferty - wykonawcy S. (...) do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne (...)".

Wobec powyższego uznać należy za słuszny również zarzut naruszenia art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp w związku z postanowieniami SWZ poprzez niewezwanie Odwołującego do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy. W świetle art. 266 Ustawy Pzp do prowadzenia postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne znajduje zastosowanie art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Wskazanie podmiotowych środków dowodowych powinno nastąpić poprzez wskazanie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym były one wcześniej składane. Zatem w przypadku, gdy zamawiający posiada podmiotowe środki dowodowe (np. zostały one złożone w innym, wcześniej prowadzonym postępowaniu lub zawierają informacje, które dotyczą zamówień wcześniej realizowanych na rzecz tego zamawiającego), wykonawca nie jest zobowiązany do ich złożenia, ale powinien je wskazać oraz potwierdzić ich prawidłowość i aktualność. Zamawiający może również odstąpić od wezwania do złożenia określonych środków dowodowych wiedząc, że je posiada. W takim przypadku powinien jednak wezwać wykonawcę do potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności, chyba że charakter określonych środków dowodowych (np. dowodu potwierdzającego należyte wykonanie robót, dostaw lub usług świadczonych na rzecz zamawiającego) wskazuje na oczywistą bezzasadność wezwania.

Należy również zauważyć, że samodzielne złożenie przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych nie jest zabronione, a jednocześnie nie stoi w sprzeczności z treścią art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp, gdzie wskazanie i potwierdzenie przez wykonawcę prawidłowości i aktualności podmiotowych środków dowodowych następuje w momencie samodzielnego przekazania dokumentów, niekoniecznie tylko w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Nadto obowiązujące obecnie przepisy Ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, iż uzupełnianie, poprawianie lub wyjaśnianie dokumentów należy odnosić do konkretnych oświadczeń lub dokumentów lub konkretnych zawartych w nich informacji. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie za słuszne uznała przyjęcie zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez zamawiającego, a tym samym przy wyrokowaniu przez Izbę. W sytuacji, gdy

konieczność uzupełnienia dokumentów nie dotyczy kwestii ocennych, typu potwierdzenie spełnienia warunków doświadczenia, dysponowania odpowiednim zespołem, czy kapitałem finansowym, a odnosi się do dokumentów urzędowych, których zasady prawidłowości przedstawienia i uzyskania z odpowiednich rejestrów regulują przepisy prawa, nakazywanie wezwania danego wykonawcy do złożenia tych samych dokumentów, jedynie po wystosowaniu formalnego wezwania do uzupełnienia, byłoby w ocenie składu wyrazem nadmiernego formalizmu" (sygn. akt KIO 1581/22).

Zamawiający w dniu 31 października 2024 r. wezwał Odwołującego do podmiotowych środków dowodowych. Następnie pismem z dnia 4 listopada 2024 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do przedłożenia wykazu usług wraz z referencjami lub oświadczeniem opisanym w SWZ.

W tym miejscu wyjaśniam, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu posiadane referencje wystawione odpowiednio w dniach 18 i 19 lipca 2024 r., a zatem w dniu ich złożenia wraz z ofertą pozostawały one aktualne na dzień upływu terminu składania ofert.

Z ostrożności Odwołujący złożył również oświadczenie, że zamówienia publiczne, na które powołuje się przy doświadczeniu, nadal są realizowane, a sam Odwołujący wystąpił już do podmiotów z wnioskami o wydanie nowych referencji, jednakże z uwagi na czas oczekiwania na otrzymanie stosownych dokumentów nie jest możliwym dochowanie terminu wyznaczonego na ich ewentualne uzupełnienie. Wobec tego, zgodnie z zapisami SWZ zasadnym było złożenie w/w oświadczenia.

Wobec powyższego w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie powodów, dla których wykonawca nie jest w stanie przedstawić referencji, należało przed odrzuceniem oferty wezwać wykonawcę do ewentualnych wyjaśnień. Bowiem „Okoliczność, że powody, dla których wykonawca nie jest w stanie przedstawić referencji winny być wyjaśnione wynika także z tej przyczyny, że zamawiający winien mieć możliwość zweryfikowania czy te konkretne okoliczności zaszyły i czy usprawiedliwiają one odstępnie od przedstawienia referencji. Jest to konieczne dla zachowania równości oferentów, a zatem zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Co najmniej winno być wykazane, że wykonawca dążył do uzyskania referencji, ale z przyczyn od niego niezależnych nie osiągnął w tym zakresie sukcesu, a zatem podjął on starania, ale nie przynosiły one oczekiwanego rezultatu.” (wyrok KIO z dnia 18 marca 2024 r., sygn. akt KIO 721/24).

Jednocześnie zwracam uwagę, że o ile Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy wezwania w trybie ust. 1 więcej niż raz, to już może zastosować ponownie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp w sytuacji, gdyby trzeba było jeszcze coś dookreślić..

Zatem, skoro zamawiający wezwał tylko z art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp, a po otrzymaniu referencji oraz oświadczenia nie wystąpił o wyjaśnienia z art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp (co nie narusza zasady jednokrotnego wezwania), taka sytuację uznać należy za naruszenie podczas procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. Bowiem, jeśli zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę, powinien skierować wezwania o wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp. W szczególności ma to znaczenie w przypadku, gdyby Zamawiający miał wątpliwości, czy przyczyny niedochowania terminu na złożenie aktualnych w ocenie Zamawiającego referencji nie są zwinione przez wykonawcę.

Wskazać należy, że "Zakaz wzywania więcej niż jeden raz do uzupełniania, w tym samym zakresie, dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczy instytucji z art. 128 ust. 1 p.z.p. Nie dotyczy on w szczególności instytucji wzywania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 4 p.z.p. Po drugie zakaz ten nie ma związku z instytucją z art. 128 ust. 5 p.z.p." (Wyrok KIO z 24.03.2023 r., sygn. akt KIO 671/23).

Poza tym „Ocena spełnienia warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.” (Wyrok KIO z 27.02.2024 r., sygn. akt KIO 438/24.).

Podkreślenia wymaga, że procedura, o której mowa w art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczy tylko i wyłącznie dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego, a zatem takich, które zostały złożone wraz z ofertą lub uzupełnione w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Bowiem "Dyspozycja art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczyć może to tylko tych dowodów, którymi dysponuje czyli złożonych albo uzupełnionych." (Wyrok KIO z 20.03.2023 r., sygn. akt KIO 611/23). Wobec powyższego dopuszczalne jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p.

W niniejszej sprawie Zamawiający posiadał stosowne dokumenty i jeśli miał jakieś wątpliwości, winien wystąpić do Odwołującego o ich wyjaśnienie. Zgodnie z zapisami Rozporządzenia PŚD w przypadku dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług za takie dowody uznaje się referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Jeżeli jednak wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów może złożyć oświadczenie.

Wobec powyższego na zasadzie analogii, za aktualną należy uznać zasadę wyrażoną w wyroku KIO z 4.01.2018 r. (sygn. akt KIO 2671/17), że "wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter".

Należy zatem uznać, że Odwołujący spełnił powyższe przesłanki i złożone przez niego oświadczenie winno zostać uznane przez Zamawiającego wraz z referencjami dołączonymi do oferty jako wystarczające wykazanie spełnienia opisanego w SWZ warunku co do złożenia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należy te ich wykonanie. Co istotne, podmiotowy środek dowodowy może być wystawiony z datą bieżącą, ale to nie oznacza, że stan spełniania warunku również może zaistnieć dopiero w tej dacie. Spełnianie warunku musi odbyć się w dacie złożenia oferty, a taka sytuacja ma miejsce właśnie w przypadku Odwołującego. Bowiem w dniu upływu terminu składania ofert przedłożone referencje były aktualne i potwierdzały, że Odwołujący spełnia warunek doświadczenia w zakresie zrealizowanych usług opisany w SWZ.

Wyjaśniam także, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający zobowiązany jest podjąć wszystkie działania niezbędne do wyjaśnienia zaistniałych podczas jej badania wątpliwości. Owszem, po stronie wykonawcy leży należyte udowodnienie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak to zamawiający winien wykazać, że dołożył należytej staranności, aby rozwiać wszelkie wątpliwości, które pojawiły się na etapie badania ofert, które wpłynęły w postępowaniu. Dopiero po bezskutecznym wykorzystaniu procedury uzupełnienia dokumentów oraz składania ewentualnych wyjaśnień dotyczących ich treści, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli uzna to za zasadne.

Zaznaczam również, że "Nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny." Wyrok KIO z 17.02.2023 r., sygn. akt KIO 242/23.

Natomiast Zamawiający ma prawo wielokrotnie wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Oczywiście nie oznacza to procedury wyjaśniania w nieskończoność. Nie mniej jednak w razie, gdy wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiewają wątpliwości zamawiającego jest on uprawniony do wystosowania ponownego wezwania.

Poza tym Odwołujący wykazał w dostateczny sposób spełnianie warunku poprzez przedłożenie dokumentów i oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego. Gdyby jednak przyjąć, że Zamawiający uznał, że po otrzymaniu dokumentów, które posiadał w chwili odrzucania oferty Odwołującego, kwestia ta nie jest dostatecznie wyjaśniona, winien zwrócić się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień w tym zakresie, a nie od razu dokonał odrzucenia jego

oferty.

Niemniej jednak podkreślam, że samodzielne złożenie przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych nie jest zabronione, a jednocześnie nie stoi w sprzeczności z treścią art. 127 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p., gdzie wskazanie i potwierdzenie przez wykonawcę prawidłowości i aktualności podmiotowych środków dowodowych nastąpiło już na etapie składania ofert, poprzez ich dołączenie do oferty.

Zatem podmiotowe środki dowodowe, złożone wraz z ofertą, powinny zostać poddane ocenie, bez ponownego wzywania do ich złożenia na podstawie art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp.

Wobec powyższego uznać należy za niezgodne z przepisami Ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy” (Znak sprawy: BF-WZP-2374-1-13-BKSiO-TP-AK/2024), tj.: postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro, o której mowa w art. 359 pkt 2 Ustawy Pzp, prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 359 pkt 2 Ustawy Pzp, polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego się, a w konsekwencji dokonaniu obciążonej błędem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Nadto Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego wnioskami zaprezentowanymi w części wstępnej oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu na rzecz odwołującego wpisowego od odwołania w kwocie 7.500,00 zł.

Wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Dowód uiszczenia wpisu w załączeniu.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana do Zamawiającego.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE Z 27 LISTOPADA 2024r.

Działając w imieniu Zamawiającego - Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Centrum Medyczne POPULARNA BEDNARCZYK spółka komandytowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy”, jednocześnie wnosząc o:

- 1.odrzucenie odwołania na posiedzeniu albo
- 2.oddalenie odwołania w całości;
- 3.rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

UZASADNIENIE ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE

I. Stan faktyczny wraz z przytoczeniem zarzutów i wniosków odwołującego

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr BF-WZP-2374-1-13-BKSiO-TP-AK/2024 pn. „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych

badań lekarskich z zakresu medycyny pracy". Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro, o której mowa w art. 359 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „Ustawą Pzp”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp.

8 listopada 2024 roku Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę CenterMed Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Także 8 listopada br. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

12 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym Odwołujący przedstawił następujące zarzuty i żądania:

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego;

2)postanowienia SWZ - poprzez ich wadliwe zastosowanie, w konsekwencji niezasadne uznanie, że zapisy SWZ (wraz z załącznikami) wskazują na to, że Odwołujący się złożył ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia;

3)art. 127 ust. 2 Ustawy Pzp w związku z postanowieniami SWZ przez niewezwanie Odwołującego do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy;

4)art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub oświadczenia o niemożności przedłożenia takich referencji, niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie celem dogłębnego wyjaśnienia kwestii mających istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania;

5)art. 125 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji podczas gdy aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert;

6)art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Wykonawcę do przedłożenia referencji w terminie 5 dni, podczas gdy zasadnym było ewentualnie wezwanie Wykonawcy do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne.

2. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o:

1)wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie czynności badania i oceny ofert w celu wyboru wykonawcy do realizacji zadania,

2)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

II. Odniesienie się do zarzutów, twierdzeń i wniosków Odwołującego

Mając na względzie art. 521 ust. 2 ustawy Pzp oświadczam, co następuje:

Cała przedstawiona w Odwołaniu argumentacja zmierza de facto do wykazania naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranie najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, a nie oferty Odwołującego. Jednakże takiego zarzutu Odwołujący nie stawia, a należy pamiętać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3739/23).

Ponieważ Odwołujący nie kwestionuje czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - nie stawia zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - to odwołanie winno zostać oddalone w całości.

Pomimo powyższego, z ostrożności procesowej, Zamawiający odnosi się do wniosków i twierdzeń przedstawionych w odwołaniu.

1)w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b, tj. została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, więc kluczowy zarzut Odwołującego jest całkowicie bezzasadny.

2)w zakresie zarzutu wadliwego zastosowania postanowień SWZ, a w konsekwencji niezasadne uznanie, że zapisy SWZ (wraz z załącznikami) wskazują na to, że Odwołujący się złożył ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia:

Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tylko odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp, tj. jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zarzut Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Ponadto należy wskazać, że nieprawidłowości w stosowaniu postanowień SWZ nie mogą stanowić samoistnej podstawy odwołania w rozumieniu art. 513 pkt. 1 ustawy Pzp, na który powołał się Odwołujący. Przepis ten dotyczy niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a nie z postanowieniami SWZ.

3)w zakresie zarzutu naruszenia art. 127 ust. 2 ustawy Pzp w związku z postanowieniami SWZ przez niewezwanie Odwołującego do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy:

Zarzut odwołującego jest niezasadny, ponieważ zastosowanie normy z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ma miejsce dopiero w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca wskaże te środki dowodowe i potwierdzi ich aktualność.

Wykonawca odpowiadając na wezwania Zamawiającego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych czy to na podstawie art. 274 ust. 1, czy 128 ust. 1 Pzp, nie złożył żadnego oświadczenia, w którym potwierdziłby prawidłowość i aktualność przedwcześnie złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług i referencji.

KIO np. w wyroku z dnia 13 czerwca 2023 roku sygn.. akt KIO 1523/23 objaśnia: „Treść art. 127 ustawy Pzp implementuje motyw 85 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia [...]. Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp stanowi o prawie wykonawcy do nieskładania podmiotowych środków dowodowych pod warunkiem wskazania tych środków i potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności. Innymi słowy, zdaniem Izby, w praktyce wygląda to tak, że na wezwanie zamawiającego wykonawca, który chce skorzystać z instytucji art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, oświadcza, że będące w posiadaniu zamawiającego dokumenty są prawidłowe i aktualne, więc nie ma potrzeby

ponownego ich składania".

Odwołujący nie dokonał czynności na tej podstawie - nie złożył oświadczenia dotyczącego prawidłowości i aktualności przedwcześnie złożonych dokumentów.

Ponadto zarzut ten należy uznać również za spóźniony, gdyż czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący, miały miejsce w dniach 31 października oraz 4 listopada 2024 roku. A zatem odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Dowód: Wezwanie do podmiotowych środków dowodowych

Data wysłania: 31-10-2024 11:42

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 04-11-2024 00:26)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA PŚD.pdf

Data wysłania: 04-11-2024 15:00

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 05-11-2024 09:40)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA ART. 128.pdf

Odwołujący do chwili złożenia niniejszego odwołania nie kwestionował powyższych czynności Zamawiającego.

4)w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub oświadczenia o niemożności przedłożenia takich referencji, niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie celem dogłębnego wyjaśnienia kwestii mających istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania.

Zamawiający nie zastosował wezwania na podstawie art. 128 ust. 4, gdyż nie miał wątpliwości, co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, tu wykazu usług oraz referencji, ale co do ich aktualności. Do wykonawcy w dniu 4 listopada br. zostało wystosowane pismo na podstawie art. 128 ust. 1, w którym wyjaśniono, że upłynął trzymiesięczny

termin ważności dla referencji (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), a te dowody są niezbędne do oceny, czy usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane należycie, więc czy w konsekwencji wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Szersze omówienie zagadnienia znajduje się w odpowiedzi na zarzut numer 5.

5) w zakresie zarzutu naruszenia art. 125 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji podczas gdy aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert:

Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zarzut Odwołującego jest spóźniony, ponieważ czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący miały miejsce: 1. Wezwanie z 31 października 2024 roku na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp:

Wezwanie do podmiotowych środków dowodowych

Data wysłania: 31-10-2024 11:42

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 04-11-2024 00:26)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA PŚD.pdf

Data wysłania: 04-11-2024 15:00

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 05-11-2024 09:40)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA ART. 128.pdf

Odwołujący do chwili złożenia niniejszego odwołania nie kwestionował powyższych czynności Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający odnosi się merytorycznie do zarzutu:

Oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 zostało złożone przez Odwołującego wraz z ofertą, i zgodnie z art. 125 ust. 3 tymczasowo zastąpiło wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z brzmieniem postawionego warunku udziału w postępowaniu: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie - należycie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 (dwie) usługi (umowy) polegające na świadczeniu opieki zdrowotnej z zakresu medycyny pracy przez okres co najmniej 12 miesięcy”. Czyli Wykonawca winien wykazać, że spełniał warunek udziału już w dniu składania ofert, więc dowody poświadczające należyte wykonanie usług mogłyby zostać wystawione z dniem poprzedzającym ten termin. Zamawiający jednak chciałby zwrócić uwagę, że dołączony do oferty Odwołującego, nadmiarowo na tym etapie, wykaz usług dotyczył świadczeń wciąż realizowanych, a nie zakończonych i odebranych.

Odmienność sytuacji dla usług wciąż wykonywanych polega na tym, że ocena, czy dana usługa została należycie wykonana może ulegać zmianie aż do czasu zakończenia realizacji danego świadczenia. Zatem pierwotnie wystawione referencje dotyczące wciąż realizowanego zamówienia, następnego dnia po ich wystawieniu mogą okazać się już nieprawdziwe - Wykonawca przestał świadczyć usługę w sposób prawidłowy. Jest to niezwykle istotne, ponieważ stan spełniania warunków udziału w postępowaniu musi istnieć nieprzerwanie aż do momentu udzielenia zamówienia. Z tego też powodu ustawodawca przewidział w art. 274 ust. 3 ustawy Pzp możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne.

Z uwagi na powyższe w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) przewidziano dodatkowo konieczność dostarczenia referencji bądź innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zamawiający, aby uczynić zadość zasadzie dołożenia należytej staranności, 31 października br. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie ze swoim obowiązkiem, do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia, w tym wykazu usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie lub wykonywanie.

Odpowiadając, Wykonawca dostarczył 4 listopada br. wykaz usług podpisany z datą bieżącą wraz referencjami - Wykonawca nie zanegował na tym etapie wykonanej przez Zamawiającego czynności i nie przekazał żadnego oświadczenia własnego o aktualności wcześniej złożonych dokumentów - przedłożył nowe. I te zostały poddane badaniu.

Zamawiający 4 listopada br. wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. nowego wykazu usług wraz z referencjami wskazując, że referencje zostały wystawione kolejno z datą: 18 i 19 lipca 2024 roku, więc upłynął dla nich trzymiesięczny termin ważności dla usług nadal wykonywanych.

W odpowiedzi z 5 listopada br. Odwołujący potwierdził jedynie, że umowy są nadal wykonywane, a czas oczekiwania uzyskania aktualnych referencji trwa ok. 7 dni roboczych. Wykonawca nie oświadczył, że wykonuje usługę w sposób właściwy, ani nie wniósł o ewentualne przedłużenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie prawidłowych środków dowodowych.

Wykonawca nie potwierdził zatem najistotniejszej informacji - czy usługi są wykonywane należycie.

Dowody, w tym referencje, są składane w jednym celu - mają w sposób jednoznaczny potwierdzić należyte wykonanie lub wykonywanie wykazanych usług, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Na poparcie powyższego można przytoczyć np. wyroki: z dnia 21 lutego 2012 r. sygn. akt: KIO 252/12, zgodnie z którym: „ [...]Odwołujący podkreślił, iż możliwość żądania przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznych dokumentów dotyczy wyłącznie takich, które zostały objęte Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający może zatem żądać jedynie takich dokumentów które zostały wymienione w w/w rozporządzeniu. Dopuszczając możliwość dokumentowania prawidłowego wykonania określonych usług (np. w formie referencji - jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu) ustawodawca nie przewidział szczegółowych treści takich dokumentów uznając jedynie, iż wynikać z nich winno wyłącznie należyte wykonanie określonej usługi."; z dnia 26 kwietnia 2011 r. sygn. KIO 744/11 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: "referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikał z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji"; z dnia 19 kwietnia 2011 r. sygn. KIO 700/11: "Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji"; z dnia 7 września 2009 r. sygn. KIO/UZP 1092/09: "Dokument referencji nie służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia"; czy w wyroku z dnia 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1216/17: „Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielala wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej."

Takie poświadczenie należytego wykonania zamówienia winno być ujęte w sposób niewzbudzający wątpliwości, tym bardziej w przypadku, gdy jest składane przez oświadczenie własne, a nie wystawione przez uprawniony do tego podmiot zlecający usługę.

Z powodu wagi dowodowej należytość wykonywania usługi nie może być domniemana, a

obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy.

Ze względu na zasadę jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia (poprawienia) dokumentów oraz zasadę równego traktowania wykonawców, Zamawiający wyczerpał możliwości prawne i podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp.

6) w zakresie zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Wykonawcę do przedłożenia referencji w terminie 5 dni, podczas gdy zasadnym było ewentualnie wezwanie Wykonawcy do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne:

Zarzut spóźniony, ponieważ czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący miały miejsce:

Data wysłania: 31-10-2024 11:42

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 04-11-2024 00:26)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA PŚD.pdf

2. Wezwanie z 4 listopada 2024 roku na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

Data wystania: 04-11-2024 15:00

Nadawca: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Odbiorca: CENTRUM MEDYCZNE POPULARNA BEDNARCZYK sp. k. (odczytano: 05-11-2024 09:40)

Treść: Szanowni Państwo!

W załączeniu przesyłam pismo w sprawie niniejszego postępowania. Proszę o zapoznanie się z jego treścią.

Z poważaniem A.K. WZP BF MSWiA

Załącznik: POPULARNA ART. 128.pdf

Odwolujący do chwili złożenia niniejszego odwołania nie kwestionował powyższych czynności Zamawiającego.

Jak już wcześniej zostało wyjaśnione Zamawiający nie zastosował wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie miał wątpliwości, co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych ale co do ich aktualności.

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

Wezwanie to jest obowiązkiem nałożonym na Zamawiającego przez ustawodawcę - ma charakter bezwzględnie wiążący, więc zasadnym było jego zastosowanie.

Na marginesie Zamawiający wskazuje, że innych wykonawca w tym postępowaniu - Państwowy Instytut Medyczny MSWiA, którego oferta pierwotnie została oceniona jako najkorzystniejsza, także przedłożył wykaz usług wraz z ofertą, i również został wezwany na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie z powodu uchybień formalnych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Ze względu na wadliwe podmiotowe środki dowodowe, więc i brak potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp. Wykonawca ten nie zakwestionował czynności Zamawiającego.

Kolejny wykonawca - tu Odwołujący, przeszedł przez podobną procedurę.

Jak widać Zamawiający równo potraktował wykonawców i zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podsumowując, wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr BF-WZP-2374-1-13-BKSiO-TP-AK/2024 pn. „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy" został dokonany przez Zamawiającego prawidłowo, bez naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wniósł o: 1) odrzucenie odwołania na posiedzeniu, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ część zarzutów Odwołania jest spóźniona, a zatem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, 2) oddalenie odwołania w całości, 3) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie złożyła spółka Odwołująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości mniejszej niż równowartość kwoty 750 000 euro, o którym mowa w art. 359 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej „Ustawa Pzp”/„Pzp”, prowadzonym przez Zamawiającego w trybie podstawowym regulowanym art. 275 pkt 1 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nosi nazwę pn.: „Świadczenie usług w zakresie opieki zdrowotnej na rzecz MSWiA, w szczególności wykonywania profilaktycznych badań lekarskich z zakresu medycyny pracy” (Znak sprawy: BF-WZP-2374-1-13 -BKSiO-TP-AK/2024). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2024/BZP 00488051/01 w dniu 6 września 2024r.

Odwołująca działając w trybie art. 513 pkt 1 Ustawy Pzp, wniosła odwołanie na, w jej ocenie, niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, w związku z art. 239 ust.1 Pzp, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującej, którego skutkiem jest błąd Zamawiającego, co do wyboru najkorzystniejszej oferty czyli oferty Odwołującej.

Odwołanie wniesiono w terminie ustawowym, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, gdy wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż progi unijne - a przedmiotowe zamówienie do takich należy - odwołanie należy wnieść w terminie 5 dni. Termin 5 dni liczy się od dnia przekazania informacji, stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Zamawiający przekazał Odwołującej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującej w dniu 8 listopada 2024 r. Zatem 5-dniowy termin na wniesienie odwołania upływał 13 listopada 2024 r., a Odwołująca złożyła odwołanie w dniu 12 listopada 2024r., co oznacza, że uczyniła to w terminie ustawą przewidzianym.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Odwołująca wykazała interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Jak podaje wnosząca odwołanie spółka w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) interes Odwołującej spółki w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W jej ocenie bezprawne działania Zamawiającego, w świetle obowiązującej ustawy Pzp, zamknęły Odwołującej ewentualną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Jak podaje Odwołująca istotnym jest fakt, że w przypadku dokonywania wyboru oferty z jej udziałem, oferta przez nią złożona byłaby najkorzystniejsza. Jak twierdzi Odwołująca, złożyła ofertę, która spełniała wymagania określone w SWZ, a odrzucenie jej oferty przez Zamawiającego pozbawiło ją możliwości uzyskania zamówienia. Odwołująca wskazała, że została narażona na szkodę przez Zamawiającego przez poniesienie kosztów udziału w postępowaniu oraz przez utratę uzyskania zamówienia co dało by prowadzenie działalności z zyskiem. W powyżej przedstawionym stanie faktycznym i prawnym, Odwołująca wykazała prawo do wniesienia odwołania, w myśl zasad określonych w art. 505 ust. 1 Ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, co do podstaw odrzucenia odwołania, przez wskazanie okoliczności braku zaskarżenia wezwań Zamawiającego z dnia 31.10.24r. i 04.11.24r. Izba oceniła merytorycznie zarzuty odwołania, w granicach czynności Odwołującej na wezwania Zamawiającego, co do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego w postanowieniach SWZ.

Odwołująca sformułowała zarzuty odwołania następująco:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującej;
- 2) naruszenie postanowień SWZ - przez ich wadliwe zastosowanie, w konsekwencji niezasadne uznanie, że zapisy

SWZ (wraz z załącznikami) wskazują na to, że Odwołująca złożyła ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia;

3) naruszenie art. 127 ust. 2 Pzp w związku z postanowieniami SWZ przez niewzwanie Odwołującej do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy;

4) art. 128 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie i w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności przedłożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub oświadczenia o niemożności przedłożenia takich referencji, niewzwanie Odwołującej do złożenia wyjaśnień w tym zakresie celem dogłębnego wyjaśnienia kwestii mających istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania.

5) art. 125 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Odwołująca nie złożyła podmiotowych środków dowodowych to jest referencji, podczas gdy aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert,

6) art. 274 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Odwołującej do przedłożenia referencji w terminie 5 dni, podczas gdy zasadnym było ewentualnie wezwanie do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne.

Odwołująca przedstawiła następujące żądania co do rozstrzygnięcia wniesionego przez nią odwołania:

1) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującej oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonania czynności badania i oceny ofert w celu wyboru wykonawcy do realizacji zadania;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania przywołano postanowienie SWZ, na podstawie którego Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującej. Podstawę prawną do rozstrzygnięcia zawisłego sporu stanowi postanowienie SWZ o treści jak poniżej:

Rozdział 10 ust. 6 pkt 1 SWZ: Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający będzie żądał złożenia następującego podmiotowego środka dowodowego: 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 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, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 4 do SWZ.

Decydującymi do oceny zawisłego przed Izbą sporu są wyżej cytowane postanowienia SWZ odnoszące się do referencji w przypadku świadczeń ciągłych, które ważność mają zastrzeżoną w myśl SWZ na okres 3 miesięcy. W kontekście badania co do prawidłowego postępowania Zamawiającego mają znaczenie wezwania: z dnia 31 października 2024r. w trybie art.274 ust.1 ustawy Pzp oraz wezwanie z dnia 4 listopada 2024r. w trybie art.128 ust.1 ustawy Pzp. Jak wynika z postępowania odwoławczego, jak i przedłożonej przez Zamawiającego do akt sprawy dokumentacji postępowania, Odwołująca nie oprotestowała wezwań Zamawiającego i według własnej oceny merytorycznej wezwań Zamawiającego wykonała je następująco.

Zamawiający w dniu 31 października 2024r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, w tym wykazu usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte ich wykonanie lub wykonywanie.

Odwołująca dostarczyła na wezwanie Zamawiającego w dniu 4 listopada 2024r. wykaz usług podpisany z datą bieżącą wraz referencjami. Odwołująca nie zaskarżyła wówczas wezwania Zamawiającego, jak również nie złożyła Zamawiającemu żadnego oświadczenia o aktualności wcześniej złożonych dokumentów. Przedłożone przez Odwołującą dokumenty zostały poddane badaniu przez Zamawiającego.

Zamawiający w wyniku badania złożonych dokumentów przez Odwołującą w dniu 4 listopada 2024r. wezwał ponownie, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia nowego wykazu usług wraz z referencjami informując, że referencje zostały wystawione kolejno w dniach: 18 lipca 2024r. i 19 lipca 2024 roku, z związku z czym upłynął trzymiesięczny termin ważności tych referencji dla usług, które są nadal (ciągle) wykonywane.

Odwołująca odpowiadając w dniu 5 listopada 2024. potwierdziła, że umowy są nadal wykonywane, a czas oczekiwania uzyskania aktualnych referencji trwa do 7 dni roboczych. Jak słusznie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że Odwołująca nie oświadczyła o wykonywaniu usługi w sposób właściwy, należyty, jak i nie wniosła o przedłużenie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na złożenie prawidłowych środków dowodowych.

Reasumując Odwołująca nie potwierdziła najistotniejszej okoliczności dla przeterminowanej co do ważności referencji, to jest czy usługi są wykonywane należyte. Tak więc, w ocenie Izby nie zostały naruszone wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. To Odwołująca nie zachowała należytej staranności w procedurze zamówieniowej, pomimo dwukrotnego wezwania Zamawiającego, to jest w trybie art.274 ust.1 Pzp i następnie w trybie art. 128 ust.1 Pzp, składając referencje nieaktualne na dzień wezwania Zamawiającego. Odwołująca nie wniosła o przedłużenie terminu wezwania Zamawiającego, ani nie zaskarżyła zasadności wezwania Zamawiającego, a co wskazywałoby na zachowanie należytej staranności profesjonalnego wykonawcy. Izba również nie podziela argumentacji odwołania, co do okoliczności wskazujących na zasadność zastosowania przez Zamawiającego art.128 ust.4 ustawy Pzp, co do aktualności referencji, wobec jednoznacznej ich nieważności na dzień ich złożenia na wezwanie Zamawiającego. Tak więc argumentacja odwołania „Jednocześnie zwracam uwagę, że o ile Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy wezwania w trybie ust. 1 więcej niż raz, to już może zastosować ponownie art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp w sytuacji, gdyby trzeba było jeszcze coś dookreślić”, w ocenie Izby jest nieuprawniona.

Izba uzupełniająco odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, dzieląc i przyjmując jako własną, argumentacją Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie stwierdza:

1) w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i odrzucenie w postępowaniu oferty Odwołującego: Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b, tj. została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, więc kluczowy zarzut Odwołującego jest całkowicie bezzasadny.

2) w zakresie zarzutu wadliwego zastosowania postanowień SWZ, a w konsekwencji niezasadne uznanie, że zapisy SWZ (wraz z załącznikami) wskazują na to, że Odwołujący się złożył ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia: Zamawiający nie odrzucił oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tylko odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp, tj. jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zarzut Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

3) w zakresie zarzutu naruszenia art. 127 ust. 2 ustawy Pzp w związku z postanowieniami SWZ przez niewezwanie Odwołującego do potwierdzenia prawidłowości i aktualności złożonego wykazu usług wraz z referencjami, mimo że Zamawiający posiadał już ten podmiotowy środek dowodowy: Zarzut odwołującego jest niezasadny, ponieważ zastosowanie normy z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp ma miejsce dopiero w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca wskaże te środki dowodowe i potwierdzi

ich aktualność. Wykonawca odpowiadając na wezwania Zamawiającego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych czy to na podstawie art. 274 ust. 1, czy 128 ust. 1 Pzp, nie złożył żadnego oświadczenia, w którym potwierdziłby prawidłowość i aktualność przedwcześnie złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług i referencji. Ponadto zarzut ten należy uznać również za spóźniony, gdyż czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący, miały miejsce w dniach 31 października oraz 4 listopada 2024 roku. A zatem odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

4) w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 Ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub oświadczenia o niemożności przedłożenia takich referencji, niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie celem dogłębnego wyjaśnienia kwestii mających istotne znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający nie zastosował wezwania na podstawie art. 128 ust. 4, gdyż nie miał wątpliwości, co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, tu wykazu usług oraz referencji, ale co do ich aktualności. Do wykonawcy w dniu 4 listopada br. zostało wystosowane pismo na podstawie art. 128 ust. 1, w którym wyjaśniono, że upłynął trzymiesięczny termin ważności dla referencji (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), a te dowody są niezbędne do oceny, czy usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane należyście, więc czy w konsekwencji wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

5) w zakresie zarzutu naruszenia art. 125 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji podczas gdy aktualność na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że ich treść musi potwierdzać brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień ich złożenia, tylko na dzień składania ofert: Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zarzut Odwołującego jest spóźniony, ponieważ czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący miały miejsce: 1. Wezwanie z 31 października 2024 roku na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp: Odwołujący do chwili złożenia niniejszego odwołania nie kwestionował powyższych czynności Zamawiającego. Niezależnie od powyższego Zamawiający odnosi się merytorycznie do zarzutu: Oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 zostało złożone przez Odwołującego wraz z ofertą, i zgodnie z art. 125 ust. 3 tymczasowo zastąpiło wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z brzmieniem postawionego warunku udziału w postępowaniu: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie - należyście wykonał lub wykonuje co najmniej 2 (dwie) usługi (umowy) polegające na świadczeniu opieki zdrowotnej z zakresu medycyny pracy przez okres co najmniej 12 miesięcy”. Czyli Wykonawca winien wykazać, że spełniał warunek udziału już w dniu składania ofert, więc dowody poświadczające należyte wykonanie usług mogłyby zostać wystawione z dniem poprzedzającym ten termin. Zamawiający jednak chciałby zwrócić uwagę, że dołączony do oferty Odwołującego, nadmiarowo na tym etapie, wykaz usług dotyczył świadczeń wciąż realizowanych, a nie zakończonych i odebranych. Odmienność sytuacji dla usług wciąż wykonywanych polega na tym, że ocena, czy dana usługa została należyście wykonana może ulegać zmianie aż do czasu zakończenia realizacji danego świadczenia. Zatem pierwotnie wystawione referencje dotyczące wciąż realizowanego zamówienia, następnego dnia po ich wystawieniu mogą okazać się już nieprawdziwe - Wykonawca przestał świadczyć usługę w sposób prawidłowy. Jest to niezwykle istotne, ponieważ stan spełniania warunków udziału w postępowaniu musi istnieć nieprzerwanie aż do momentu udzielenia zamówienia. Z tego też powodu ustawodawca przewidział w art. 274 ust. 3 ustawy Pzp możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne. Z uwagi na powyższe w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) przewidziano dodatkowo konieczność dostarczenia referencji bądź innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy. Zamawiający, aby uczynić zadość zasadzie dołożenia należytej staranności, 31 października br. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie ze swoim obowiązkiem, do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia, w tym wykazu usług wraz z dowodami poświadczającymi należyte wykonanie lub wykonywanie. Odpowiadając, Wykonawca dostarczył 4 listopada br. wykaz usług podpisany z datą bieżącą wraz referencjami - Wykonawca nie zanegował na tym etapie wykonanej przez Zamawiającego czynności i nie przekazał żadnego oświadczenia własnego o aktualności wcześniej złożonych dokumentów - przedłożył nowe. I te zostały poddane

badaniu. Zamawiający 4 listopada br. wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. nowego wykazu usług wraz z referencjami wskazując, że referencje zostały wystawione kolejno z datą: 18 i 19 lipca 2024 roku, więc upłynął dla nich trzymiesięczny termin ważności dla usług nadal wykonywanych. W odpowiedzi z 5 listopada br. Odwołujący potwierdził jedynie, że umowy są nadal wykonywane, a czas oczekiwania uzyskania aktualnych referencji trwa ok. 7 dni roboczych. Wykonawca nie oświadczył, że wykonuje usługę w sposób właściwy, ani nie wniósł o ewentualne przedłużenie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie prawidłowych środków dowodowych. Wykonawca nie potwierdził zatem najistotniejszej informacji - czy usługi są wykonywane należycie.

Z powodu wagi dowodowej należytość wykonywania usługi nie może być domniemana, a obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Ze względu na zasadę jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia (poprawienia) dokumentów oraz zasadę równego traktowania wykonawców, Zamawiający wyczerpał możliwości prawne i podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp.

6) w zakresie zarzutu naruszenia art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie Wykonawcę do przedłożenia referencji w terminie 5 dni, podczas gdy zasadnym było ewentualnie wezwanie Wykonawcy do potwierdzenia, że pozostają one nadal aktualne: Zarzut spóźniony, ponieważ czynności Zamawiającego, których nieprawidłowość dowodzi Odwołujący miały miejsce: 31-10-2024 2. Wezwanie z 4 listopada 2024 roku na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący do chwili złożenia niniejszego odwołania nie kwestionował powyższych czynności Zamawiającego. Jak już wcześniej zostało wyjaśnione Zamawiający nie zastosował wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż nie miał wątpliwości, co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych ale co do ich aktualności. Ponadto zgodnie z art. 274 ust. 1: „Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”. Wezwanie to jest obowiązkiem nałożonym na Zamawiającego przez ustawodawcę - ma charakter bezwzględnie wiążący, więc zasadnym było jego zastosowanie.

Izba podziela argumentację zamawiającego, cytowaną powyżej, co do podstaw odrzucenia oferty odwołującego i w związku z tym cytowaną powyżej argumentację co do bezpodstawności zarzutów odwołania.

Izba w powyższym stanie rzeczy, na mocy art.553 ustawy Pzp orzekła o oddaleniu odwołania, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania w tym co do braku należytego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) zwanego dalej „rozporządzeniem”, zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 złotych.

Przewodniczący:.....