Sygn. akt: KIO 549/15

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 marca 2015 r.** przez wykonawcę **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Vienna Insurance Group, ul. Noakowskiego 22, 00-668 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **LMG Försäkrings AB S.A. z siedzibą w Sztokholmie działającego w Polsce poprzez LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, ul. Postępu 21 C, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Vienna Insurance Group, ul. Noakowskiego 22, 00-668 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Vienna Insurance Group, ul. Noakowskiego 22, 00-668 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 549/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Usługi ubezpieczenia zdrowotnego”,* oznaczenie sprawy: ZP/TTHK/93/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 238-419142 z 10.12.2014 r., przez Telewizję Polską S.A., ul. J.P. Woronicza 17, 00-999 Warszawa zwaną dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 11.03.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy LMG Försäkrings AB S.A. z siedzibą w Sztokholmie działający w Polsce poprzez LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, ul. Postępu 21 C, 02-676 Warszawa zwanej dalej: *„LMG Försäkrings AB S.A.”* albo *„Przystępującym” albo „Uczestnikiem”.* Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła: InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Vienna Insurance Group, ul. Noakowskiego 22, 00-668 Warszawa zwana dalej: *„InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.”* albo *„Odwołującym”.*

W dniu 20.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie;
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”,* poprzez zaniechanie odrzucenia i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy LMG Försäkrings AB z siedzibą w Sztokholmie działającej poprzez LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, mimo iż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ("SIWZ" lub "Specyfikacja"),
2) art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji poprawienie omyłek w ofercie Przystępującego stanowiących niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, co spowodowało istotną zmianę w treści oferty tego wykonawcy,
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3, 8 i 9 Pzp oraz § 3 i 4 rozporządzenia z dnia

19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) („rozporządzenie *w sprawie dokumentów”)* poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia,
4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Przystępującego i odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę, powtórzenie oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnośnie dokonania przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawek w ofercie Przystępującego, które spowodowały istotne zmiany w treści oferty Zgodnie z Zał. nr 4 do SIWZ wykonawca zobowiązany był wskazać konkretną minimalną liczbę placówek medycznych spełniających wymagania określone w SIWZ z siedzibą w każdym ze wskazanych miast. Oferta Przystępującego nie odpowiada tym wymogom we wskazanym poniżej zakresie, a Zamawiający pismem z 06.03.2015 r. dokonał w trybie art. 87 ust. 2 pkt Pzp poprawek, które spowodowały istotne zamiany w treści oferty:
a) Zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ wykonawca był zobowiązany do przedstawienia listy 10 placówek z siedzibą w Poznaniu spełniających wymagania wskazane w SIWZ. W ofercie Przystępującego w/w wymagania spełniało jedynie 9 placówek. Wymagań SIWZ nie spełniała placówka wskazana w poz. nr 8 - nazwa i adres podmiotu leczniczego: Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań-Jeżyce, ul. Mickiewicza 2, 60-834 Poznań, nr księgi 000000016143, nazwa i adres placówki medycznej: NZOZ Jeżyce, ul. Słowackiego 43, Poznań.

Pod wskazanym numerem księgi rejestrowej podmiotu leczniczego prowadzonej przez Wojewodę Wielkopolskiego, tj. pod numerem 000000016143, widnieje Szpital Miejski im. Franciszka Raszei z siedzibą przy ul. Adama Mickiewicza 2, 60-834 Poznań. Natomiast pod adresem placówki medycznej wskazanym w ofercie Przystępującego, tj. ul. Słowackiego 43, Poznań, w rejestrze widnieje Poradnia Medycyny Pracy „Jeżyce” Halina Were, nr księgi 000000016814, która nie spełnia wymogu SIWZ posiadania 5 lekarzy specjalistów (placówka ta posiada 4 specjalistów). Podano więc błędne, niepoprawne i nieprawdziwe dane dotyczące zarówno podmiotu leczniczego jak i placówki medycznej, a dodatkowo posłużono się danymi dotyczącymi innych zarejestrowanych podmiotów. W rezultacie należy stwierdzić, że wskazano placówkę nieistniejącą i tym samym niespełniającą wymagań przedstawionych

w SIWZ. Zamawiający pismem z 06.03.2015 r. powiadomił Przystępującego o zmianie nazwy i adresu placówki medycznej z NZOZ Jeżyce, ul. Słowackiego 43, Poznań na ZOZ Poznań Jeżyce Szpital Miejski im. Franciszka Raszei, ul. Mickiewicza 2. Wskazał, że doszło tym

samym do wskazania zupełnie innej placówki niż ta oryginalnie wskazana w ofercie. Zmieniono bowiem całkowicie zarówno nazwę i adres placówki. Ponadto, nie zmieniono danych dotyczących podmiotu leczniczego. Jak wskazano wyżej, pod numerem księgi 000000016143 do rejestru wpisany jest Szpital Miejski im. Franciszka Raszei z siedzibą przy ul. Adama Mickiewicza 2, 60-834 Poznań, a nie Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań-Jeżyce, ul. Mickiewicza 2, 60-834 Poznań. W rezultacie, dane podmiotów wskazanych w poz. 8 są nadal nieprawidłowe. Trudno stwierdzić, dlaczego Zamawiający uznał, że numer księgi został podany prawidłowo, a nazwa i adres placówki - nieprawidłowo. Wydaje się, że łatwiej o pomyłkę w numerze księgi (jednej danej) niż o pomyłkę w nazwie i adresie placówki. Nie przyjął do wiadomości, że Przystępujący mógł pomylić nazwę swojego kontrahenta z nazwą innego podmiotu. Ponadto, tak istotną zmianę jak zmiana nazwy i adresu placówki trudno nazwać korektą omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.
b) Zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ wykonawca był zobowiązany do przedstawienia listy 5 placówek z siedzibą w Kielcach spełniających wymagania wskazane w SIWZ. W ofercie Przystępującego w/w wymagania spełniały jedynie 4 placówki. Wymagań SIWZ nie spełniała placówka wskazana w poz. nr 4 - nazwa i adres podmiotu leczniczego: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „PATRON" sp. z o.o., ul. Jagiellońska 76B, 25-713 Kielce, nr księgi 000000014971, nazwa i adres placówki medycznej: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „PATRON" sp. z o. o., ul. Jagiellońska 76B, Kielce.

Zgodnie z wpisem do rejestru, adres podmiotu leczniczego jest inny niż wskazany w ofercie Przystępującego. Adres wskazany w rejestrze to: ul. Kopernika 3, Kielce. Niezgodne z wpisem do rejestru są także w całości nazwa i adres wskazanej placówki medycznej. NZOZ „PATRON" sp. z o.o., ul. Kopernika 3, Kielce, zgodnie z rejestrem prowadzi bowiem dwie placówki medyczne: Przychodnię „PATRON" przy ul. Kopernika 3 oraz Przychodnię „Iskra" przy ul. Jagiellońskiej 76B.

Nie można więc uznać, że wskazano placówkę, która spełnia wymagania określone w SIWZ, gdyż wskazana placówka de facto nie funkcjonuje pod podaną nazwą i adresem. Z treści oferty nie wynika też, którą z placówek prowadzonych przez NZOZ „PATRON" sp. z o.o., de facto Przystępującego zamierzał wskazać jako placówkę spełniającą wymagania określone w SIWZ. Zamawiający pismem z 06.03.2015 r. powiadomił Przystępującego o zmianie adresu placówki z ul. Jagiellońskiej 76B na ul. Kopernika 3. Należy wskazać, że doszło tym samym do wskazania zupełnie innej placówki niż ta oryginalnie wskazana w ofercie. Dodatkowo wybór ten został dokonany arbitralnie przez Zamawiającego.

Spowodowało to wykreowanie zupełnie nowej treści oferty w tym zakresie, która w żaden sposób nie wynika z pierwotnej treści oferty. Ponadto, nie poprawiono adresu podmiotu leczniczego, który jak wskazano powyżej zgodnie z wpisem do rejestru to ul. Kopernika 3, a nie ul. Jagiellońska 76B.
c) Zgodnie z Zał. nr 4 do SIWZ wykonawca był zobowiązany do przedstawienia listy 5 placówek z siedzibą w Białymstoku spełniających wymagania wskazane w SIWZ. W ofercie Przystępującego w/w wymagania spełniały jedynie 4 placówki. Wymagań SIWZ nie spełniała placówka wskazana w poz. nr 5 - nazwa i adres podmiotu leczniczego: Centrum Medyczne HANSA, ul. Choroszczańska 24, 15-732 Białystok, nr księgi 000000022483, nazwa i adres placówki medycznej: Centrum Leczenia Chorób Kostno-Stawowych i Kręgosłupa, ul. Stołeczna 7/200, Białystok.

Zgodnie z wpisem do rejestru wskazany podmiot leczniczy nie prowadzi wskazanej placówki medycznej, tj. Centrum Leczenia Chorób Kostno-Stawowych i Kręgosłupa, ul. Stołeczna 7/200, Białystok. Placówka ta jest niezależnym podmiotem wpisanym do rejestru pod innym numerem księgi. Nie jest więc prawdą, że pod adresem wskazanym w ofercie działa wskazany podmiot leczniczy.

Zamawiający pismem z 06.03.2015 r. powiadomił Przystępującego o zmianie nazwy i adresu placówki z Centrum Leczenia Chorób Kostno-Stawowych i Kręgosłupa, ul. Stołeczna 7/200, Białystok, na Centrum Medyczne HANSA, ul. Choroszczańska 24. Wskazał, że doszło tym samym do wskazania zupełnie innej placówki niż ta oryginalnie wskazana w ofercie. Zmieniono bowiem całkowicie zarówno nazwę i adres placówki.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż Zamawiający

odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i KIO. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i zobowiązania/świadczenia potwierdzenia

ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu. Wskazał na stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt: KIO 868/10, iż SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążącą dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70 § 3 Kc, jest to zobowiązanie zgodnie z którym 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. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu Kc. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Złożona w oferta niniejszym postępowaniu Przystępującego zawiera, jak wskazano powyżej, liczne uchybienia w stosunku do treści SIWZ, które to uchybienia mają charakter istotny, merytoryczny i są nieusuwalne.

Przywołał wyroki KIO z 17.02.2011 r., sygn. akt: KIO 218/11. W niniejszym postępowaniu w sposób niebudzący wątpliwości oferta Przystępującego w zał. nr 4 nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie zapewnienia odpowiedniej liczby placówek oraz specjalistów w każdej ze wskazanych miejscowości. Przywołał aktualne poglądy doktryny - J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* W-wa 2013, s. 330. Powołał wyroku KIO z 14.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2903/12 oraz wyrok KIO z 03.02.2012 r., sygn. akt: KIO 127/12. W niniejszym postępowaniu w sposób niebudzący wątpliwości sporządzony przez Zamawiającego zgodnie z wymaganiami SIWZ wykaz placówek medycznych, zapewniający pełny, żądany przez Zamawiającego zakres świadczeń i odpowiedniej liczby lekarzy specjalistów Jest sposobem realizacji zamówienia. Wskazuje na to *expressis verbis* pkt. B.16 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Zał. Nr 3 do SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że jednym z wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest realizacja usługi ubezpieczenia zdrowotnego objętego zamówieniem w taki sposób, aby „Uprawnieni *mieli możliwość korzystania z pomocy medycznej we wszystkich Placówkach udostępnionych przez Wykonawcę na terenie całego kraju, ze szczególnym uwzględnieniem miejscowości wskazanych w zał. nr 4 do SIWZ w zakresie usług objętych danym pakietem,*

przy czym za placówkę medyczną zaliczaną do minimalnej ilości wymaganych placówek zgodnie z zał. nr 4 do SIWZ Zamawiający uważa każdą placówkę podmiotu leczniczego wpisanego do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą prowadzonego przez wojewodę właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania podmiotu leczniczego na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst

jednolity: Dz. U. z 2013 poz. 217 ze zm.), udostępnioną przez Wykonawcę, w której będą dostępni lekarze przynajmniej o 5 różnych specjalnościach. Placówką medyczną rozumianą jak wyżej nie jest laboratorium diagnostyczne".

Ponadto, co bardziej istotne, sam Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców z 31.12.2014 r. podkreślił, że: „ponadto *należy zwrócić uwagę,* że *zgodnie z postanowieniami pkt 10.1.1 SIWZ sporządzony i podpisany przez Wykonawcę wykaz placówek medycznych, w których będą realizowane usługi medyczne w ramach ubezpieczenia zdrowotnego objętego zamówieniem stanowi obok formularza oferty jeden z dwóch dokumentów składających sie na ofertę, kształtujących jej treść. Wobec powyższego, treść Wykazu placówek medycznych* świadczyła *będzie o zgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie zaś o spełnieniu bądź braku spełnienia warunków (podmiotowych) udziału w postępowaniu. Tym samym, Zamawiający badając Wykaz placówek medycznych złożonych w ofertach sprawdzał będzie przede wszystkim czy zbiór tych placówek odpowiada minimalnym wymogom w tym zakresie postawionym w SIWZ, Brak spełnienia tych minimalnych wymogów stanowiłby bowiem podstawę do odrzucenia oferty".*

Tymczasem Przystępujący w swojej ofercie zaoferował całkowicie odmienny przedmiot i sposób wykonania umowy. Wskazał, że podanie przez Przystępującego odmiennego wykonania przedmiotu zamówienia (brak zaoferowania wymaganej ilości placówek medycznych, w tym spełniających minimalne wymogi im postawione, jakich wymagał zamawiający) rodzi także określone skutki zobowiązaniowe co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Niezgodność treści oferty Przystępującego w zakresie sposobu realizacji zamówienia jest w pełni relewantna, gdyż (i) ma ona charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), (ii) dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ i zobowiązania ujętego w ofercie, a także (iii) możliwe jest wskazanie i udowodnienie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z oznaczonymi, skwantyfikowanymi postanowieniami lub normami SIWZ (tak m.in. wyrok KIO z 04.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2012/12).

Wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wskazał na wyrok KIO z 21.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1916/10. Sankcją za złożenie wyjaśnień, które prowadza

do sprzeczności oferty ze specyfikacja lub zmieniających treść oferty, jest odrzucenie oferty wykonawcy. Z tych też powodów niedopuszczalne jest także ewentualne skorygowanie wskazanych powyżej uchybień oferty Przystępującego w odniesieniu do wymagań SIWZ. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie jest zatem uprawniony do dokonania ewentualnej korekty oświadczenia Przystępującego w zakresie zapewnienia odpowiedniej liczby placówek medycznych, określenia tych placówek, czy też korekty lekarzy specjalistów w wymaganych miejscowościach, ale także nie może samodzielnie tych uchybień oferty poprawić w ramach postępowania korygującego wskazanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Powołał wyrok KIO z 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO 11/09, wyrok KIO z 23.01.2009 r., sygn. akt. KIO 16/09 oraz wyrok KIO z 21.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1914/12. W niniejszym postępowaniu brak zadeklarowania odpowiedniej ilości placówek medycznych we wszystkich miejscowościach wymaganych przez zamawiającego, czy też korekta tych placówek, poprzez wskazanie innych zamiast pierwotnie wskazanych przez danego wykonawcę, nie może być uznany za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż uchybienia oferty Przystępującego nie były w żaden sposób możliwe do samodzielnego ustalenia i skorygowania przez Zamawiającego.

Jak wynika z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp warunkiem poprawienia takich omyłek jest jednak to, aby po wprowadzeniu poprawek nie doszło do istotnej zmiany treści oferty. Przywołał wyrok KIO z 12.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 469/2010. W literaturze wskazuje się, że za istotne zmiany należy uznać przede wszystkim zmiany dotyczące zobowiązań wykonawcy, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny (Prawo *Zamówień Publicznych. Komentarz,* S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, W-wa 2013, s. 536). Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności. Warto też zwrócić uwagę, że za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki,

które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych (W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych).* W szczególności podkreślił, że poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do zaoferowania przez wykonawcę świadczeń niezaoferowanych pierwotnie usług czy urządzeń (m.in. wyrok KIO z 02.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2410/14), a także do dodania do oferty zupełnie nowej, niewystępującej wcześniej treści (wyrok KIO z 30.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1821/11). Wypaczeniem zasady wyrażonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest też taka zmiana charakterystyki czy opisu środków będących przedmiotem oferty, która w rzeczywistości prowadzi do podmiany zaoferowanego środka na środek zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok SO w Krakowie z 06.11.2009 r., sygn. akt: XII Ga 317/09). Ponadto, ugruntowany pogląd w orzecznictwie

oraz doktrynie wskazuje, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy zamawiający może dokonać poprawienia innej omyłki na podstawie treści oferty, ewentualnie na podstawie wyjaśnień wykonawcy (Komentarz do art. 87 Pzp, P. Granecki, Legalis 2014; wyrok KIO z 29.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2654/13; wyrok KIO z 24.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1341/13).

W przedmiotowej sprawie poprawki Zamawiającego wprowadzone do oferty Przystępującego skutkowały wskazaniem w ofercie zupełnie nowych podmiotów i placówek medycznych niż tez wskazane w ofercie. Poprawki te nie mieszczą się w kategorii zmiany danych wcześniej wskazanych placówek, jak to miało miejsce w odniesieniu do innych zmian wskazanych w pkt 2 i 4 pisma Zamawiającego z 06.03.2015 r. (tj. poprawienie adresu z Filtrowej 29 na Filtrową 29b oraz poprawienie adresu Umińskiego 2 na Umińskiego 21). Doszło bowiem do całkowitej zmiany danych placówek medycznych. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, doszło do istotnej zmiany treści oferty. Dodatkowo, jak sam przyznał Zamawiający w piśmie z 06.03.2015 r., poprawki zostały dokonane na podstawie *„analizy stanu faktycznego w oparciu o dane ogólnie dostępne".* W konsekwencji, bezsporny jest fakt, ze dokonanie poprawek nie nastąpiło na podstawie treści oferty, a na podstawie innych dokumentów niestanowiących części oferty.

Zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający sam uznaniowo wybrał, które dane powinny być skorygowane i w jaki sposób (tj. jakie nazwy podmiotów i jakie adresy powinny się znaleźć w ofercie). W ten sposób samodzielnie wybrał placówki, jakie chciałby dodać do oferty Przystępującego. W sposób oczywisty świadczy to o wykreowaniu zupełnie nowej treści oferty, a tym samym dokonaniu istotnych zmian w pierwotnej treści oferty. Przywołał wyrok z 11.05.2012 r., sygn. akt: KIO 838/12.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełnienia tych warunków w SIWZ, nie wyznaczył szczegółowego warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co w praktyce odnosi się do dysponowania odpowiednią siecią placówek medycznych spełniających określone wymagania określone w SIWZ. Powyższe znalazło również odzwierciedlenie w wyjaśnieniu treści SIWZ dokonanej przez Zamawiającego (odpowiedź na pytanie nr 1 z 31.12.2014 r.), gdzie Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do odpowiedniej liczby placówek medycznych i specjalistów nie określa szczegółowego warunku, i tym samym od placówek tych (niebędących we władaniu wykonawcy) nie wymaga stosownych zobowiązań do oddania zasobów. Mając na uwadze powyższe dysponowanie odpowiednią liczbą placówek i specjalistów należy zaliczyć do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, a nie warunków udziału w postępowaniu, a każda ewentualna niezgodność złożonego Wykazu placówek medycznych musi być uznana za niezgodność z treścią SIWZ.

Wobec treści art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie posiadał instrumentów prawnych do ewentualnego wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu placówek medycznych, wymaganych szczegółowo przez SIWZ. Stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia

i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1, tj. oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu odpowiedniej liczby placówek medycznych oraz posiadanych specjalistów nie zaliczył do warunków udziału w postępowaniu, na co wskazuje także SIWZ, dotyczący wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wśród tych dokumentów nie znajduje się wykaz placówek medycznych, stanowiący zał. nr 4 do SIWZ. Mając na uwadze powyższe brak było zatem jakichkolwiek podstaw prawnych do ewentualnego wezwania Przystępującego do uzupełnienia czy wyjaśnienia treści swojej oferty w zakresie brakujących specjalistów placówek medycznych. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że złożona przez Przystępującego oferta w zakresie dysponowania odpowiednią siecią placówek medycznych jest niezgodna z SIWZ, a jednocześnie niezgodności te mają charakter istotny, merytoryczny i są nieusuwalne, co powoduje że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Odnośnie zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie przez ww. wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Brak aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp (dla podmiotu zbiorowego). Zgodnie z pkt 10.3.6. SIWZ wykonawca był zobowiązany złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp dla podmiotu zbiorowego, wystawioną nie później niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Do oferty złożonej przez Przystępującego zostało załączone jedynie zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dla LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, a więc polskiego oddziału spółki LMG Försäkrings AB z siedzibą w Sztokholmie, Szwecja. Do oferty nie zostało jednak dołączone zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu do *„spółki matki”,* tj. LMG

Försäkrings AB z siedzibą w Sztokholmie, Szwecja. Brak ten nie został też uzupełniony przez wykonawcę w późniejszym terminie. W związku z powyższym uznał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 10.3.6 SIWZ. Przystępującego nie przedstawił również zaświadczenia ze szwedzkiego rejestru karnego dla spółki LMG Försäkrings AB z siedzibą w Sztokholmie. Zamawiający powinien oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego, a nie przez jego oddział w Polsce. W konsekwencji zaświadczenie o powinno niekaralności dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego i członków jego zarządu, a nie oddziału w Polsce (tak też opinia UZP pt. *przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział - wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności* opublikowana na stronie www.uzp.gov.pl). Ponadto wskazał, że według systemu E-CERTIS (http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do) w Szwecji wydaje się zarówno zaświadczenie o niekaralności dla osób fizycznych, jak i osób prawnych.

Brak aktualnego zaświadczenia dla pana J. S. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert Do oferty złożonej przez Przystępującego nie zostało załączone aktualne zaświadczenie ofert dla pana J. S. zamieszkałego w Szwecji w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania. W terminie późniejszym, na skutek wezwania Zamawiającego, Przystępującego pismem z 23.02.2015 r. przedstawił następujące informacje i dokumenty: (i) wyjaśnienie, że w Szwecji nie wydaje się dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, (ii) oświadczenie pana J. S. z 06.02.2015 r., (iii) wyciąg ze Szwedzkiego Rejestru Karnego z 08.08.2014 r., (iv) wyciąg z rejestru Zarządu Głównego Policji (w Szwecji) z 13.02.2015 r. Zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Przystępującego zobowiązany był do przedstawienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania.

Poprzez załączenie do pisma z 23.02.2015 r. zaświadczeń o niekaralności wystawianych przez szwedzkie organy, Przystępujący wykazał, że uzyskanie tych dokumentów (wskazanych w pkt 10.3.5. SIWZ) jest możliwe. Również w zakresie wymaganym przez art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp - wyciąg z rejestru Zarządu Głównego Policji ewidentnie dotyczy wszelkich przestępstw, bez ograniczeń.

Jednak przedstawione dokumenty, tj. wyciąg ze Szwedzkiego Rejestru Karnego z 08.08.2014 r. oraz wyciąg z rejestru Zarządu Głównego Policji (w Szwecji) z 13.02.2015 r. nie odpowiadają warunkom określonym w pkt 10.3.5. Wyciąg ze Szwedzkiego Rejestru Karnego został wystawiony dnia 8.08.2014 r., tj. ponad 6 miesięcy przed terminem składania ofert, tj. dniem 26.01.2015 r. Natomiast wyciąg z rejestru Zarządu Głównego Policji

(w Szwecji) został wystawiony dnia 13.02.2015 r., tj. po dniu składania ofert. Zgodnie z orzecznictwem KIO oraz orzecznictwem sądów powszechnych, wszelkie zaświadczenia wystawione po dniu składania ofert mogą być uznane za potwierdzające dany fakt na dzień składania ofert jedynie w przypadku, gdy z ich treści jednoznacznie wynika, że potwierdzają spełnienie warunków na konkretny dzień przed terminem składania ofert (wyrok KIO z 11.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 229/09; wyrok KIO z 28.01.2013 r., sygn. akt: KIO 95/13; wyrok SO w Warszawie z 29.05.2013, sygn. akt: XXIII Ga 683/13). Podkreślenia wymaga fakt, że niezłożenie jakiegoś dokumentu przez wykonawcę nie może oznaczać dla niego korzyści, polegającej na przyznaniu mu dodatkowego czasu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 07.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1726/09 oraz sygn. akt: KIO/UZP 1715/09). W konsekwencji uznał, że przedłożone przed Przystępującego dokumenty nie odpowiadają warunkom określonym w pkt 10.3.5 SIWZ.

Braków w postaci nieprzedłożenia dokumentów określonych w SIWZ w żaden sposób nie może w przedmiotowej sprawie sanować oświadczenie pana J. S. z 06.02.2015 r. Jak wykazano powyżej, uzyskanie dokumentów poświadczających niekaralność pana S. od odpowiednich organów publicznych w Szwecji jest możliwie. W takim wypadku, należy uznać, że wykonawca w pierwszej kolejności jest zobowiązany przedłożyć te dokumenty (wyrok KIO z 20.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1668/10). Złożenie oświadczenia przed notariuszem jest dopuszczalne dopiero w przypadku, gdy takich dokumentów nie wydaje się w miejscu zamieszkania danej osoby.

Bez znaczenia byłaby podnoszona przez Przystępującego różnica w zakresie danych objętych zaświadczeniem o niekaralności wydanym w Szwecji (jeżeli taka istotnie by występowała - przeczy temu treść wyciągu z rejestru Zarządu Głównego Policji). Przyjęcie odmiennej interpretacji (tj. wymaganie zagranicznego zaświadczenia o zakresie identycznym jak wskazany w prawie polskim) stoi w sprzeczności z dyrektywą racjonalnego ustawodawcy, uniemożliwiłoby bowiem posługiwanie się zagranicznymi zaświadczeniami w ogólności. Nie sposób bowiem jest rozstrzygnąć jaki poziom zgodności kształtu jurydycznego przestępstw w poszczególnych krajach jest dopuszczalny (wyrok KIO z 20.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1668/10; wyrok KIO z 29.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1273/12). Podsumowując, Przystępującego był zobowiązany do przedstawienia aktualnego zaświadczenia dla pana J. S. wystawionego przez odpowiednie organu władzy publicznej w Szwecji. Ewentualne różnice pomiędzy zakresem danych jakie obejmują zaświadczenia wystawiane przez szwedzkie organy nie zwalniają Przystępującego z obowiązku przedłożenia tych zaświadczeń i nie uzasadniają uznania spełnienia warunku określonego w pkt 10.3.5. SIWZ na podstawie przedłożonego oświadczenia złożonego przez pana J. S. przed notariuszem. Ponadto wskazać należy, że także według systemu E-CERTIS (http://ec.europa.eu/markt/ecertis/searchDocument.do) w Szwecji wydaje się zarówno zaświadczenie

o niekaralności dla osób fizycznych, jak i osób prawnych. W związku z powyższym, uznał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 10.3.5. SIWZ.

Brak aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert Zgodnie z pkt

10.3.3 i 10.3.4 SIWZ wykonawca był zobowiązany przedstawić aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne. Do oferty Przystępującego w/w zaświadczenia nie zostały dołączone. Na wezwanie Zamawiającego, Przystępującego uzupełnił braki w przedmiotowym zakresie pismem z 23.02.2015 r. poprzez złożenie zaświadczenia Szwedzkiej Agencji Podatkowej z 12.02.2015 r., tj. po dniu składania ofert, stwierdzającej brak zaległości dotyczących zobowiązań podatkowych lub z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne. Na dokumencie widnieje odręczny dopisek (niewiadomego autorstwa) w brzmieniu: *„Poniższe dane zostały zebrane na dzień 26 stycznia 2015”.*

Jak wskazano powyżej, zgodnie z orzecznictwem KIO oraz orzecznictwem sądów powszechnych, wszelkie zaświadczenia wystawione po dniu składania ofert mogą być uznane za potwierdzające dany fakt na dzień składania ofert jedynie w przypadku, gdy z ich treści jednoznacznie wynika, że potwierdzają spełnienie warunków na konkretny dzień przed terminem składania ofert (wyrok KIO z 11.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 229/09; wyrok KIO z 28.01.2013 r., sygn. akt KIO 95/13; wyrok SO w Warszawie z 29.05.2013 r., sygn. akt: XXIII Ga 683/13). Podkreślił, że niezłożenie jakiegoś dokumentu przez wykonawcę nie może oznaczać dla niego korzyści, polegającej na przyznaniu mu dodatkowego czasu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 07.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1726/09 oraz sygn. akt: KIO/UZP 1715/09).

Odręczny dopisek, obok którego znajduje się jedynie pieczątka nie pozwalająca zidentyfikować tożsamości urzędu wystawiającego zaświadczenie i napisu znajdującego się na pieczęci, nie potwierdzona żadną inną pieczęcią, podpisem czy parafą, nie może zostać uznana za jednoznaczne wskazanie, że zaświadczenie dotyczy danych aktualnych na dzień 26.01.2015 r. Ponad to, samo brzmienie dopisku (tj. *„poniższe dane zostały zebrane na dzień 26 stycznia 2015 roku”)* jest niejednoznacznie i niezrozumiałe. Fakt zebrania danych na konkretny dzień w żadnym wypadku nie jest tożsamy z aktualnością tychże danych na dzień ich zebrania; Zebrane mogą być także dane nieaktualne, historyczne. Dodatkowe wątpliwości co do prawdziwości treści odręcznego dopiska budzi jasne wskazanie w treści

przedstawionego zaświadczenia, że dane zostały pobrane ze Szwedzkiej Administracji Egzekucyjnej dnia 13.02.2015 r. W związku z tym uznał, że dokumenty złożone przez Przystępującego nie spełniają warunków określonych w pkt 10.3.3. i 10.3.4. SIWZ.

Brak pełnej listy podmiotów należących do grupy kapitałowej BUPA. Zgodnie z pkt 10.1.3. SIWZ wykonawca był zobowiązany przedstawić listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 z późń. zm.). Lista podmiotów grupy BUPA, do której należy Przystępujący przedstawiona w ofercie, nie zawiera wszystkich podmiotów należących do tej grupy. Wniosek taki wynika z analizy informacji dostępnych na stronie www.bupa.com . W związku z powyższym, uznał, że oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 10.1.3. SIWZ.

Brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.2.1 SIWZ, tj. brak zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie co najmniej działu I grupa 1 i 5 lub dziełu II grupa 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Zgodnie z pkt 10.2.2 SIWZ wykonawca był zobowiązany przedstawić zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie co najmniej działu I grupa 1 i 5 lub działu II grupa 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Do oferty Przystępującego został dołączony dokument wydany przez Szwedzki Urząd Nadzoru Finansowego dotyczący zatwierdzenia statutu i przyznania spółce koncesji na działalność ubezpieczeniową wymienioną w statucie spółki (tj. ubezpieczenie od nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenie chorobowe). Jednak należy podkreślić, że ten dokument potwierdza jedynie posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej we wskazanym zakresie jedynie na terenie Szwecji. Pomimo, że w Unii Europejskiej obowiązuje system jednolitej licencji pozwalający zakładom ubezpieczeń na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej na terenie innych państw członkowskich na podstawie zezwolenia

uzyskanego w kraju siedziby, to jednak przed podjęciem działalności w danym kraju członkowskim zakład ubezpieczeń jest zobowiązany przeprowadzić odpowiednią procedurę notyfikacyjną, zgodnie z Dyrektywą Rady 92/49/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż na życie oraz zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia nażycie). W związku z powyższym wykonawca posiadający siedzibę w innym kraju członkowskim Unii Europejskiej chcąc wykazać w postępowaniu swoje uprawnienie do wykonywania działalności ubezpieczeniowej na terenie RP powinien wykazać nie tylko fakt posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w państwie siedziby, ale także

dowód przeprowadzenia odpowiedniej procedury notyfikacyjnej uprawniającej go do prowadzenia działalności na terenie RP. Takim dokumentem może być np. dokument potwierdzający otrzymanie od Komisji Nadzoru Finansowego informacji, o której mowa w art. 10 ust. 3 dyrektywy 73/23 9/EWG, czy też zawiadomienie złożone właściwym organom w państwie siedziby, o którym mowa w art. 10 ust. 1 dyrektywy 73/239/EWG i oświadczenie o braku otrzymania informacji, o której mowa w art. 10 ust. 3 dyrektywy 73/239/EWG. Żaden dokument potwierdzający uprawnienia do prowadzenia w Polsce działalności ubezpieczeniowej za pośrednictwem oddziału nie został przedstawiony.

Brak dowodu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, który stanowi w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia. Zgonie z pkt 10.1.6. SIWZ wykonawca był zobowiązany przedłożyć dowód potwierdzający, że wykonawca będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, który stanowi w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia. Przystępujący do oferty dołączył zobowiązanie LUX MED Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Przystępującego niezbędnych zasobów we wskazanym zakresie (str. 77 oferty Przystępującego). Przedmiotowe zobowiązanie zostało podpisane przez A. M. - członka zarządu oraz K. K. - członka zarządu. Zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS, w przypadku ustanowienia zarządu wieloosobowego, do reprezentacji LUX MED Sp. z o.o. uprawnieni są: prezes zarządu działający samodzielnie lub członek zarządu ds. finansowych działający łącznie z innym członkiem zarządu. Prezesem zarządu jest p. A. R., natomiast członkiem zarządu ds. finansowych jest p. M. R. .

Zaznaczył, że informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla LUX MED Sp. z o.o. z 20.03.2015 r. odzwierciedla zasady reprezentacji obowiązujące w spółce na dzień podpisania zobowiązania, tj. 21.01.2014 r. Zgodnie z danymi ujawnionymi w KRS, ostatni wpis został dokonany dnia 31.10.2014 r., co oznacza, że pomiędzy dniem podpisania zobowiązania, a dniem uzyskania wydruku z KRS nie zaszły żadne zmiany w zakresie zasad reprezentacji LUX MED Sp. z o.o. W związku z powyższym, członkowie zarządu LUX MED Sp. z o.o. - p. A. M. i p. K. K. nie są łącznie uprawnieni do reprezentacji LUX MED Sp. z o.o. Konsekwentnie należy przyjąć, że nie mogli oni skutecznie zobowiązać się w imieniu reprezentowanej spółki do udostępnienia zasobów, a tym samym Przystępujący nie przedłożył dokumentu wymaganego zgodnie z pkt 10.1.6. SIWZ.

Zamawiający w dniu 23.03.2015 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie

art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) LMG Försäkrings AB S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przystępujący wniósł pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia pisma została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnośnie dokonania niedopuszczalnych poprawek w ofercie Uczestnika. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający w piśmie z 06.03.2015 r. dokonał niedozwolonych w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawek treści oferty Uczestnika, gdyż, w ocenie Odwołującego, poprawki te spowodowały istotne zmiany w treści oferty Uczestnika. Odnosząc się do argumentów Odwołującego zauważył, że wykaz placówek medycznych, który Uczestnik załączył do oferty zgodnie z SIWZ, składa się z dwóch kolumn. W pierwszej kolumnie Uczestnik wskazywał nazwę i adres podmiotu leczniczego, a także numer księgi rejestrowej tego podmiotu, w drugiej - nazwę i adres placówki medycznej. Dane z pierwszej kolumny umożliwiają prawidłową identyfikację podmiotu leczniczego. Szczególnie istotne w powyższym zakresie jest wskazanie numeru księgi rejestrowej podmiotu leczniczego - numer ten pozwala na prawidłową identyfikację podmiotu leczniczego nawet w przypadku, gdy nazwa lub adres tego podmiotu w ofercie zawierałyby omyłki. Poprawianie takich omyłek w oparciu o informacje z publicznie dostępnej księgi rejestrowej należy uznać za dopuszczalne w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wbrew temu, co podnosi Odwołujący, takie poprawki nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty. Dopiero w przypadku, gdyby Zamawiający dokonał zmiany (i to zmiany niewynikającej z oczywistej omyłki pisarskiej) w numerze księgi rejestrowej można byłoby poddawać w wątpliwość, czy zmiany w ofercie nie prowadzą rzeczywiście do zmiany podmiotu leczniczego pierwotnie wpisanego do wykazu. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszczalne było również dokonanie przez Zamawiającego poprawek w zakresie nazw i adresów placówek medycznych podanych przez Uczestnika w wykazie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, żadna z dokonanych przez Zamawiającego zmian w tym zakresie nie prowadziła do umieszczenia w wykazie placówki, której Uczestnik pierwotnie nie zamierzał wymienić w ofercie. Wszystkie zmiany dokonane przez Zamawiającego wynikają z dążenia do odzwierciedlenia w treści oferty rzeczywistej intencji Uczestnika w oparciu o pozostałe dane zawarte w ofercie. Zgodnie z orzecznictwem KIO, na poprawienie oferty w sposób odpowiadający rzeczywistym intencjom wykonawcy pozwala właśnie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołał wyrok KIO z 18.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2579/14. Podkreślił,

że poprawienie omyłek jest nie tylko prawem Zamawiającego. Wskazał na wyrok KIO z 13.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1115/14. Rejestr podmiotów wykonujących działalność leczniczą jest rejestrem publicznie dostępnym. W związku z powyższym, Zamawiający nie tylko miał prawo, ale wręcz obowiązek sprawdzenia poprawności podanych przez Uczestnika danych dotyczących podmiotów leczniczych i wykazu placówek medycznych w oparciu o dane z rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Zauważył, że w powyższy sposób Zamawiający zweryfikował i poprawił nie tylko informacje podane w ofercie przez Uczestnika, ale również przez Odwołującego. Jeżeli Odwołujący twierdzi, że poprawianie przez Zamawiającego informacji w wykazie placówek medycznych w oparciu o dane z ksiąg rejestrowych było niedopuszczalne, to powinien był sprzeciwić się takim czynnościom Zamawiającego w odpowiedzi na wystosowane do niego pismo zawiadamiające o poprawieniu omyłek w jego własnej ofercie, czego w niniejszej sprawie nie zrobił.

Placówka wskazana przez Uczestnika w pkt 10.8 tabeli w wykazie placówek medycznych załączonym do oferty (nr księgi rejestrowej 000000016143). W księdze rejestrowej pod podanym przez Uczestnika numerem (000000016143) wpisany jest *„Szpital Miejski Im. Franciszka Raszei, 60-834 Poznań-Jeżyce, ul. Adama Mickiewicza 2".* W ofercie Uczestnik wpisał jako nazwę podmiotu leczniczego działającego pod podanym numerem księgi *„Zakład Opieki Zdrowotnej Poznań-Jeżyce, ul. Mickiewicza 2. 60-834 Poznań".* Nie była to nazwa innego podmiotu leczniczego, jak utrzymuje Odwołujący, ale poprzednia nazwa tego samego podmiotu. Pomimo posłużenia się nieaktualną nazwą podmiotu leczniczego, wobec podania prawidłowego numeru księgi rejestrowej, nie zachodzi wątpliwość odnośnie do jego tożsamości. W ofercie Uczestnik jednakże omyłkowo podał nazwę i adres placówki medycznej wspomnianego podmiotu leczniczego. Omyłka ta została przez Zamawiającego sprostowana pismem z 06.03.2015 r. Jest przy tym oczywiste, że intencją Uczestnika było wpisanie w wykazie placówek medycznych załączonym do oferty w kolumnie drugiej placówki medycznej prowadzonej przez podmiot leczniczy - kontrahenta Uczestnika, który został wymieniony w kolumnie pierwszej. Intencję tę prawidłowo odczytał Zamawiający dokonując odpowiedniej poprawki w ofercie. Stwierdził, że w niniejszym

przypadku nie może być mowy o wprowadzeniu poprawek do oferty, które istotnie zmieniają jej treść, bo w świetle wszystkich informacji umieszczonych w wykazie możliwe jest stwierdzenie, że składając ofertę, mimo błędnego oznaczenia placówki medycznej, Uczestnik właśnie tę placówkę medyczną chciał umieścić w wykazie. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie doszło więc w wyniku poprawienia oferty do zamiany pierwotnie wpisanej w ofercie placówki medycznej na inną placówkę.

Placówka wskazana przez Uczestnika w pkt 14.4 tabeli w wykazie placówek medycznych załączonym do oferty (nr księgi rejestrowej 000000014971). W księdze

rejestrowej pod podanym przez Uczestnika numerem (000000014971) wpisany jest *„Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „PATRON" sp. z o.o., ul. Kopernika 3, 25-713 Kielce".* W ofercie Uczestnik omyłkowo podał jako adres podmiotu leczniczego działającego pod podanym numerem księgi oraz adres placówki tego podmiotu *„ul. Jagiellońska 76B".* Adres ten jest adresem innej placówki medycznej prowadzonej przez wspomniany podmiot leczniczy. Wskazana przez Uczestnika placówka medyczna *„PATRON"* mieści się, zgodnie z danymi z księgi rejestrowej, pod adresem ul. Kopernika 3. Uczestnik wyjaśnia, że nazwa placówki *„Patron"* została nieprecyzyjnie podana w ofercie jako *„Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „PATRON".* Zgodnie z danymi z księgi rejestrowej prawidłowa nazwa placówki brzmi *„Przychodnia PATRON".* Nieścisłość ta jednak nie powoduje wątpliwości odnośnie do intencji Uczestnika, którą było wskazanie na wykazie właśnie *„Przychodni PATRON".* Intencja ta była oczywista zważywszy na fakt, iż w obydwu kolumnach (tj. tej wskazującej podmiot leczniczy, jak i tej zawierającej nazwę placówki) wskazano nazwę własną „PATRON". Intencję tę prawidłowo odczytał Zamawiający dokonując pismem z 06.03.2015 r. odpowiedniej korekty w podanym przez Uczestnika adresie placówki oraz odpowiednio w adresie podmiotu leczniczego (tę ostatnią poprawkę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, również dokonano). Także i w tym przypadku nie może być mowy o wprowadzeniu poprawek do oferty, które istotnie zmieniają jej treść. W świetle wszystkich informacji umieszczonych w wykazie możliwe jest stwierdzenie, że składając ofertę, mimo błędnego oznaczenia adresu podmiotu leczniczego i placówki medycznej, Uczestnik właśnie ten podmiot leczniczy i tę placówkę medyczną (tj. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „PATRON" oraz Przychodnię PATRON) chciał umieścić na wykazie. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie doszło więc w wyniku poprawienia oferty do zamiany pierwotnie wpisanej w ofercie placówki medycznej na inną placówkę.

Placówka wskazana przez Uczestnika w pkt 2.5 tabeli w wykazie placówek medycznych załączonym do oferty (nr księgi rejestrowej 000000022483). W księdze rejestrowej pod podanym przez Uczestnika numerem (000000022483) wpisane jest *„Centrum medyczne HANSA- Rehabilitacja Spółka Jawna W. C. S. S., Ul. Choroszczańska 24, 15-732 Białystok".* Dane te Uczestnik prawidłowo podał w kolumnie 1 w tabeli określając nazwę i adres podmiotu leczniczego. Omyłkowo jednak w kolumnie 2 tabeli podał on błędną nazwę i adres placówki, w której działalność prowadzi wspomniany podmiot leczniczy. Zgodnie z danymi z księgi rejestrowej podmiot ten prowadzi placówkę medyczną pod *„Centrum HANSA"* pod adresem nazwą *Medyczne „ul. Choroszczańska 24".* Podkreślił, że podmiot ten prowadzi, zgodnie z danymi zawartymi w księdze rejestrowej, tylko jedną placówkę medyczną. Omyłkę Uczestnika w zakresie prawidłowego określenia placówki medycznej podanego podmiotu sprostował Zamawiający pismem z 06.03.2015 r. Jest przy tym oczywiste, że intencją Uczestnika było

wpisanie w wykazie placówek medycznych załączonym do oferty w kolumnie drugiej placówki medycznej prowadzonej przez podmiot leczniczy - kontrahenta Uczestnika, który został wymieniony w kolumnie pierwszej. W związku z tym, że podmiot ten prowadzi tylko jedną placówkę, nie mogły zachodzić wątpliwości, co do tego, którą placówkę medyczną tego podmiotu Uczestnik chciał zamieścić w wykazie. W związku z powyższym nie może być mowy o wprowadzeniu poprawek do oferty, które istotnie zmieniają jej treść. W świetle wszystkich informacji umieszczonych w wykazie możliwe jest stwierdzenie, że składając ofertę, mimo błędnego oznaczenia placówki medycznej wskazanego podmiotu leczniczego, Uczestnik właśnie tę placówkę medyczną (tj. Centrum Medyczne HANSA) chciał umieścić na

wykazie. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie doszło więc w wyniku poprawienia oferty do zamiany pierwotnie wpisanej w ofercie placówki medycznej na inną placówkę. W związku z powyższym nie podlega wątpliwości, że dokonane przez Zamawiającego poprawki w ofercie Uczestnika nie wprowadzają istotnych zmian w treści jego oferty i są dopuszczalne, a wręcz wymagane, w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia Uczestnika z powodu niewykazania przez Uczestnika spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uczestnik wykazał spełnienie warunku z pkt 10.3.6 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien był wykluczyć Uczestnika z postępowania, gdyż ten nie przedstawił właściwego dokumentu potwierdzającego, że wobec Uczestnika nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. W ocenie Odwołującego takim dokumentem powinno być zaświadczenie ze szwedzkiego rejestru karnego, gdyż z informacji umieszczonych w systemie E-CERTIS, zdaniem Odwołującego wynika, że w Szwecji wydaje się zarówno zaświadczenia o niekaralności dla osób fizycznych, jak i osób prawnych. Powyższe twierdzenia Odwołującego nie są jednak zgodne z prawdą. W odróżnieniu od Polski, gdzie podmiot zbiorowy może ponosić odpowiedzialność karną oraz podlegać zakazowi ubiegania się o zamówienia publiczne, w Szwecji podmioty zbiorowe (w tym osoby prawne) nie mogą podlegać odpowiedzialności karnej. Okoliczność ta została już dostrzeżona w orzecznictwie KIO - wyrok z 03.03.2014 r., sygn. akt: KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14). Zgodnie z przepisami *Lagen om offentlig upphandling* (szwedzkiego prawa o zamówieniach publicznych, SFS 2007:1091), jeśli wykonawca jest osobą prawną, może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeśli przedstawiciel takiego wykonawcy został skazany za przestępstwa, które obejmują: korupcję, oszustwo i pranie pieniędzy. W związku z powyższym, i wbrew twierdzeniom Odwołującego, w systemie E-CERTIS w opisie wymagania w zakresie niekaralności dla osób prawnych w stosunku do podmiotów szwedzkich zapisano, że rodzajem dowodu potwierdzającym spełnienie wspomnianego warunku jest podpisane oświadczenie *(Sannoingsfórsdkran)* wykonawcy, że określone osoby

umocowane do jego reprezentacji nie zostały skazane za popełnienie przestępstwa, do którego można dołączyć zaświadczenia o niekaralności tych osób. Ponadto, z informacji podanych w E-CERTIS wynika jednoznacznie, że *„jedynie określona osoba fizyczna może wnioskować o wydanie zaświadczenia z rejestru karnego jej dotyczącego".* W związku z powyższym Uczestnik zasadnie przyjął, że w związku z brakiem możliwości uzyskania w Szwecji dokumentu urzędowego wykazującego, że w stosunku do Uczestnika nie zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, konieczne będzie przedstawienie oświadczenia w tym zakresie. Oświadczenie takie Uczestnik przedstawił Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków z 23.02.2015 r. Oświadczenie to spełnia wymogi określone w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Oświadczenie złożono Zamawiającemu w wyznaczonym przez niego terminie (23.02.2015 r.) oraz potwierdzono w nim, że w stosunku do Uczestnika nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie zarówno w dniu składania oświadczenia jak i w dniu 26.01.2015 r., tj. w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, co czyni zadość wymaganiom przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Uczestnik wykazał prawidłowo, że nie zachodzi w stosunku do niego podstawa wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, do której nawiązuje pkt 10.3.6 SIWZ.

Uczestnik wykazał spełnienie warunku z pkt 10.3.5 SIWZ. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający powinien był wykluczyć Uczestnika z postępowania, gdyż ten nie przedstawił właściwego dokumentu potwierdzającego, że pan J. S. nie został prawomocnie skazany za żadne z przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. W ocenie Odwołującego oświadczenie pana J. S. złożone przed notariuszem, załączone przez Uczestnika do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków z 23.02.2015 r., nie wystarcza do spełnienia wspomnianego warunku udziału w postępowaniu, gdyż w Szwecji można potwierdzić niekaralność osób fizycznych poprzez wystąpienie o wydanie zaświadczenia z rejestru karnego. Jak szczegółowo wyjaśniał już Uczestnik w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków z 23.02.2015 r., w Szwecji - kraju miejsca zamieszkania Pana J. S. - nie wydaje się dokumentów poświadczających brak karalności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, tj: w zakresie przestępstw popełnionych w związku z

postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących przeciwko pracę zarobkową, przestępstw środowisku, przestępstw przekupstwa, przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także przestępstw skarbowych lub przestępstw udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Odpis ze Szwedzkiego Rejestru Karnego nie obejmuje wszystkich okoliczności (przestępstw) wskazanych w Pzp, a w szczególności:

(a) informacje ze szwedzkiego rejestru karnego nie zawierają informacji o przestępstwie polegającym na udziale w zorganizowanej grupie przestępczej, gdyż takie działanie nie stanowi przestępstwa w Szwecji,
(b) informacje ze szwedzkiego rejestru karnego wskazują na fakt popełnienia przestępstwa i jego rodzaje, ale nie wskazują celu i okoliczności jego popełnienia, tak więc może być niemożliwe ustalenie, czy dane przestępstwo było związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
(c) w szwedzkim systemie prawnym nie ma podziału na przestępstwa i wykroczenia; dlatego też czynność, która w Polsce stanowiłaby wykroczenie, co nie byłoby przeszkodą w ubieganiu się o zamówienie, może stanowić przestępstwo w Szwecji.

Ponieważ zakres odpisu ze Szwedzkiego Rejestru Karnego nie obejmuje informacji przewidzianych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, złożenie oświadczenia przed notariuszem jest właściwym sposobem wykazania spełnienia wymogu niekaralności. Również w szwedzkiej praktyce zamówień publicznych, dokumentem potwierdzającym spełnienie wymogu niekaralności członków organu zarządzającego jest podpisane oświadczenie *(Sanningsförsäkran)* stanowiące, że dana osoba nie została skazana za przestępstwo prawomocnym wyrokiem sądu, co potwierdzają informacje zawarte w systemie E-CERTIS (wiersz pierwszy tabeli: *„Rodzaj dowodu"* z załączonego do niniejszego pisma wydruku z E-CERTIS). Zgodnie z tymi informacjami, brak karalności może też potwierdzać odpis z rejestru karnego *(Utdrag ur belastningsregistret),* lecz odpis ten jest rzadko załączany do ofert wykonawców i wymaga się go jedynie w przypadku zaistnienia uzasadnionych podejrzeń. Powyższą argumentację potwierdza także orzecznictwo KIO. W wyroku z 03.03.2014 r., sygn. akt: KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14, stwierdzono: *„zarzut dotyczący niewykazania potwierdzenia braku karalności urzędujących członków organu zarządzającego N. A/S - pana N. A. H. i pani M. R. O. (Szwecja), Izba uznała za niezasadny. [...] w Szwecji zakres uzyskanego zaświadczenia z KRKo osobach fizycznych nie zawiera informacji skatalogowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy P.z.p. (przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego), dlatego też koniecznym i właściwym było przedłożenie oświadczenia złożonego przed notariuszem zawierającego informację wymagane ustawą P.z.p. ".* Niezależnie od powyższego, Uczestnik w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków z 23.02.2015 r. przedstawił także Zamawiającemu, dla celów informacyjnych, dwa zaświadczenia o niekaralności uzyskane przez pana J. S. w Szwecji, potwierdzające, że zarówno w dacie upływu terminu do składania ofert, jak i po tej dacie nie był on karany. Nawet gdyby więc uznać, że Odwołujący zasadnie mógł twierdzić, że w Szwecji można uzyskać dokument urzędowy potwierdzający niekaralność członka organu zarządzającego wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, to Uczestnik uczynił

zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia braków poprzez informacyjne załączenie zaświadczenia *(Utdrag ur belastningsregistret* - o którym wspomniano w informacji w systemie E-CERTIS) ze Szwedzkiego Rejestru Karnego wydanego dla pana J. S. dnia 08.08.2014 r. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że wspomniane zaświadczenie nie może służyć wykazaniu braku podstawy do wykluczenia z postępowania, gdyż zostało ono złożone z przekroczeniem sześciomiesięcznego terminu od upływu terminu składania ofert, o którym mowa w § 4 ust. 2 Rozporządzenia, należy stwierdzić, że jest ono oczywiście błędne. Zaświadczenie wydano 08.08.2014 r. Termin składania ofert mijał zaś dnia 26.01.2015 r., czyli przed upływem wspomnianego sześciomiesięcznego terminu (ten bowiem upłynąłby dopiero dnia 08.02.2015 r.). W związku z powyższym należy stwierdzić,

że Uczestnik wykazał prawidłowo, że nie zachodzi w stosunku do niego podstawa wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, do której nawiązuje pkt 10.3.5 SIWZ.

Uczestnik wykazał spełnienie warunków z pkt 10.3.3 i 10.3.4 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien był wykluczyć Uczestnika z postępowania, gdyż ten nie przedstawił właściwego dokumentu potwierdzającego, że nie zalega on z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. W ocenie Odwołującego przedstawione w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków z 23.02.2015 r. zaświadczenie szwedzkiego organu podatkowego *(Begäran/Svar Offentliga uppgifter, SKV4820)* nie może służyć wykazaniu braku podstaw do wykluczenia z postępowania, gdyż jest niejednoznaczne. Odwołujący poddaje w wątpliwość jednoznaczność stwierdzenia zamieszczonego w zaświadczeniu i opatrzonego pieczęcią wydającego organu (więc będącego integralną częścią dokumentu urzędowego, jakim jest wspomniane zaświadczenie), że dane do zaświadczenia *„zostały zebrane na dzień 26 stycznia 2015 roku".* W opinii Odwołującego powyższe stwierdzenie nie pozwala przyjąć bez wątpliwości, że w dniu upływu terminu składania ofert, tj. 26.01.2015 r., Uczestnik spełniał warunki udziału w postępowaniu. Uczestnik podkreśla, że celem umieszczenia przez właściwy organ adnotacji *„poniższe dane zostały zebrane na dzień 26 stycznia 2015 roku"* na wspomnianym zaświadczeniu było właśnie jednoznaczne podkreślenie, że to na dzień upływu terminu składania ofert Uczestnik nie zalegał z żadnymi należnościami z tytułu zobowiązań podatkowych oraz ubezpieczenia społecznego, niezależnie od daty wydania samego zaświadczenia. Bezpodstawna i nielogiczna jest teza Odwołującego, że zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem zobowiązań podatkowych oraz ubezpieczenia społecznego wydane w oparciu o dane z określonego dnia może być w tym dniu nieaktualne, jako oparte na danych nieaktualnych bądź historycznych. Powyższa teza pozbawiałaby bowiem w ogóle sensu wydawanie zaświadczeń jako dokumentów potwierdzających istnienie (lub brak) w dacie ich wydania lub w innej dacie, do której nawiązują, określonych okoliczności,

z którymi mogą się wiązać dla adresatów zaświadczeń konsekwencje prawne. Z treści odwołania można także wywodzić, że Odwołujący kwestionuje, że wzmianka, iż dane do zaświadczenia *„zostały zebrane na dzień 26 stycznia 2015 roku"* pochodzi od wydającego zaświadczenie organu. Takie twierdzenia Odwołującego są jednak gołosłowne. Odwołujący bowiem nie przedstawił żadnych okoliczności, które mogłyby stanowić dowód na prawdziwość takich twierdzeń. Dodatkowo, twierdzeniom tym przeczy opatrzenie wspomnianej wzmianki pieczęcią wydającego organu. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Uczestnik wykazał prawidłowo, że nie zachodzi w stosunku do niego podstawa wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, do której nawiązują pkt 10.3.3 i 10.3.4 SIWZ.

Uczestnik wykazał spełnienie warunku z pkt 10.1.3 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że oferta Uczestnika jest niezgodna z pkt 10.1.3 SIWZ, gdyż Uczestnik przedstawił w niej niepełną listę podmiotów należących do tej samej co Uczestnik grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm., dalej: *„UOKK").* Zgodnie z art. 4 pkt 14 UOKK, przez grupę kapitałową rozumie się *„wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę".* Uczestnik podnosi jednak, że nie można przy interpretacji warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1.3 SIWZ pominąć celu, w jakim został on ustanowiony. Cel ten wynika natomiast z brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym z postępowania powinni zostać wykluczeni wykonawcy, którzy, należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty, chyba że wykażą oni, iż istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego służy więc wyłącznie ustaleniu powiązań pomiędzy wykonawcami, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty na potrzeby oceny, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania. Wskazał na wyrok KIO z 12.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1293/13. Mając na uwadze cel, z jakim ustawodawca wiąże przedstawienie przez wykonawcę wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, Uczestnik przedstawił Zamawiającemu spis wszystkich podmiotów z grupy, które - biorąc

pod uwagę przedmiot działalności i jej terytorialny zakres - mogłyby potencjalnie być zainteresowane złożeniem oferty w postępowaniu. W świetle przytoczonego wyżej orzeczenia KIO Uczestnik przedstawił więc dokument należycie wykazujący, że nie zachodzi w stosunku do niego podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Podkreślił, że żaden z podmiotów wymienionych przez Uczestnika w liście załączonej do oferty nie złożył oferty w tym postępowaniu. Oferty nie złożył też oczywiście żaden inny podmiot z grupy kapitałowej, do której należy Uczestnik, a którego Uczestnik nie

zamieścił na liście załączonej do oferty, ze względu na to, że przedmiot i charakter zamówienia wykluczał możliwość złożenia przez taki podmiot oferty w postępowaniu. Okoliczność ta nie może budzić żadnych wątpliwości, skoro w postępowaniu brali udział wyłącznie Odwołujący i Uczestnik, a zatem podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, mogłaby zachodzić wyłącznie wówczas, gdyby zarówno Odwołujący, jak i Uczestnik należeli do tej samej grupy kapitałowej, co oczywiście nie ma miejsca. Niezależnie od powyższego, gdyby nawet uznać, że przedłożona przez Uczestnika w załączeniu do oferty lista nie spełnia wymagań określonych w pkt 10.1.3 SIWZ, to okoliczność ta nie może sama w sobie przesądzać o wykluczeniu Uczestnika z postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający powinien w takim przypadku przed wykluczeniem Uczestnika z postępowania wezwać go do uzupełnienia braków poprzez złożenie listy obejmującej wszystkie podmioty z grupy kapitałowej, do której należy Uczestnik. W doktrynie zgodnie podkreśla się bowiem, że wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp powinien być zarówno wykonawca, który nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, jak i ten, który złożył listę niepełną (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2014, A. Bazan, J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2014). Czynność taka nie miałaby jednak żadnego uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym, jako że w postępowaniu brały udział wyłącznie dwa podmioty: Odwołujący i Uczestnik, a zatem brak istnienia przedmiotowej przesłanki nie budził żadnych wątpliwości. W świetle przedstawionych wyżej argumentów należy stwierdzić, że oferta Uczestnika spełnia wymagania z pkt 10.1.3 SIWZ.

Uczestnik wykazał spełnienie warunku z pkt 7.2.1 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że Uczestnik nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.1 SIWZ, gdyż nie przedstawił dowodu przeprowadzenia odpowiedniej procedury notyfikacyjnej, której przeprowadzenie uprawniałoby go dopiero do prowadzenia działalności ubezpieczeniowej na terenie Polski. W kontekście argumentów przedstawionych przez Odwołującego, podkreślić trzeba, po pierwsze, że zgodnie z pkt 7.2.1 w zw. z pkt 10.2.2 i pkt 12.4 SIWZ, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej, Uczestnik, jako podmiot zagraniczny, był zobowiązany przedstawić *„dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia ".* Uczestnik załączył do oferty zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej wydane przez Szwedzki Urząd Nadzoru Finansowego *(Finansinspektionen).* Dokument ten potwierdza uprawnienia do prowadzenia działalności ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczenia od nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenia chorobowego. Powyższa działalność ubezpieczeniowa mieści się

w określonym w SIWZ zakresie (dział II grupa 2 -ubezpieczenia choroby). W SIWZ nie zostały wskazane żadne inne dokumenty poza wspomnianym zezwoleniem, które Uczestnik będący podmiotem zagranicznym miałby przedstawić na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W świetle powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, że Uczestnik nie miał obowiązku w celu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedkładać Zamawiającemu dokumentów wydanych przez polski organ nadzoru (w tym związanych z procedurą notyfikacyjną). Niezależnie od powyższego Uczestnik wyjaśnia, że do rozpoczęcia działalności na terytorium Polski przez zakład ubezpieczeniowy mający siedzibę w innym państwie członkowskim nie jest wymagane otrzymanie żadnych zezwoleń czy zaświadczeń od Komisji Nadzoru Finansowego (dalej:

„KNF"). Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. 2013 poz. 950 z późn. zm., dalej: „UDU") *„zagraniczny zakład ubezpieczeń z państwa członkowskiego Unii Europejskiej może wykonywać działalność ubezpieczeniową na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli uzyskał odpowiednie zezwolenie na wykonywanie tej działalności w państwie, w którym ma swoją siedzibę".* Zamiar podjęcia działalności w innym państwie członkowskim zakład ubezpieczeniowy zgłasza organowi nadzoru w państwie pochodzenia (w niniejszym przypadku - Szwedzkiemu Urzędowi Nadzoru Finansowego). Organ ten (a nie zakład ubezpieczeniowy) przesyła informacje o danym zakładzie ubezpieczeniowym organowi nadzoru w państwie przyjmującym (w niniejszym przypadku - KNF). W odpowiedzi na notyfikację organu państwa organ państwa państwa pochodzenia, przyjmującego powinien przesłać organowi pochodzenia informacje o warunkach wykonywania działalności na jego terytorium (które to organ państwa pochodzenia przekazuje zakładowi ubezpieczeń). W przypadku nieprzesłania wspomnianych informacji przez organ państwa przyjmującego w ciągu dwóch miesięcy od dnia otrzymania notyfikacji od organu państwa pochodzenia, zakład może rozpocząć działalność także bez uzyskania tych informacji. Podkreślił, że jedynie organ nadzoru właściwy ze względu na siedzibę zakładu ubezpieczeniowego ma wpływ na transgraniczne świadczenie usług ubezpieczeniowych przez ten zakład w innym państwie członkowskim; organ państwa przyjmującego nie może się sprzeciwić prowadzeniu takiej działalności. Uczestnik wyjaśnił również, że dopełnił on procedury notyfikacyjnej niezbędnej do podjęcia działalności w Polsce, czego dowodem jest publicznie dostępna informacja na stronie internetowej KNF dotycząca oddziałów zakładów ubezpieczeniowych państw członkowskich UE oraz państw członkowskich EFTA działających w Polsce. Z informacji tej wynika, że Uczestnik działa w Polsce przez swój oddział - LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, jego zakres działania obejmuje działalność ubezpieczeniową z działu II, grupy 1 i 2 (zgodnie z załącznikiem do UDU) zgodnie z zakresem zezwolenia udzielonego przez Szwedzki Urząd Nadzoru Finansowego, a zawiadomienie o zamiarze podjęcia działalności przez Uczestnika

na terytorium Polski wpłynęło do KNF dnia 09.08.2011 r. Uczestnik podkreślił, że nawet gdyby uznać, że dla wypełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.1 SIWZ powinien był on załączyć do oferty poza zezwoleniem Szwedzkiego Urzędu Nadzoru Finansowego także dowód przeprowadzenia procedury notyfikacyjnej, to okoliczność ta nie może sama w sobie przesądzać o wykluczeniu Uczestnika z postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający powinien w takim przypadku przed wykluczeniem Uczestnika z postępowania wezwać go do uzupełnienia braków poprzez złożenie odpowiedniego dokumentu. W świetle przedstawionych wyżej argumentów należy stwierdzić, że Uczestnik należycie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.1 SIWZ.

Uczestnik wykazał spełnienie warunku z pkt 10.1.6 SIWZ. Odwołujący wskazuje, że złożone przez Uczestnika oświadczenie spółki Lux Med sp. z o.o. o oddaniu Uczestnikowi do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie jest skuteczne, gdyż jest podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji wspomnianej spółki wynikającymi z informacji zawartych w rejestrze przedsiębiorców KRS. W kontekście argumentów przedstawionych przez Odwołującego, Uczestnik wyjaśnia po pierwsze, że zobowiązanie Lux Med. sp. z o.o. załączył do oferty jedynie uzupełniająco, gdyż jego współpraca z Lux Med. sp. z o.o. nie warunkuje spełnienia przez Uczestnika podmiotowych wymogów udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Współpraca ta wyraża się w udostępnieniu przez Lux Med. sp. z o.o. Uczestnikowi określonych placówek, w których będą realizowane usługi medyczne w ramach ubezpieczenia zdrowotnego objętego zamówieniem, a dysponowanie określoną liczbą placówek medycznych zostało w SIWZ określone nie jako warunek udziału w postępowaniu, ale jako kryterium oceny ofert. Placówki medyczne nie wykonują bowiem czynności objętych przedmiotem zamówienia, tj. usług ubezpieczenia zdrowotnego. Po drugie, nawet, gdyby Uczestnik rzeczywiście polegał na zasobach Lux Med. sp. z o.o. w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie był on zobowiązany przedstawiać dla wykazania spełnienia warunku z pkt 10.1.6 SIWZ żadnego innego dokumentu poza samym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, w szczególności zaś nie był on zobowiązany do przedstawienia dokumentu potwierdzającego prawidłowe umocowanie osób podpisujących to zobowiązanie do działania w imieniu i na rzecz podmiotu

trzeciego. Powołał wyrok KIO z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1259/12. Po trzecie, oczywistym jest, że w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców, oprócz osób wymienionych w tym rejestrze, mogą działać także inne osoby na podstawie pełnomocnictw, czy upoważnień, o których kontrahent przedsiębiorcy nie ma możliwości czerpania wiedzy z rejestru przedsiębiorców. Tak też było w niniejszej sprawie, gdyż pani A. M. i pan K. K. podpisujący oświadczenie Lux Med. sp. z o.o. działali na podstawie pełnomocnictwa zarządu spółki Lux Med. sp. z o.o. Podkreśli, że nawet w

przypadku, gdyby uznać, że od Uczestnika można żądać przedstawienia dokumentu, z którego wynika umocowanie osób składających w imieniu Lux Med sp. z o.o. oświadczenie o oddaniu Uczestnikowi do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, brak załączenia takiego dokumentu do oferty nie przesądza o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. W razie gdyby Zamawiający istotnie powziął wątpliwość co do umocowania osób podpisujących to oświadczenie do działania w imieniu i na rzecz Lux Med sp. z o.o., powinien on wezwać Uczestnika do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnie uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W świetle przedstawionych wyżej argumentów należy stwierdzić, że oświadczenie spółki Lux Med sp. z o.o. o oddaniu Uczestnikowi do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie było wymagane w niniejszym postępowaniu, a zostało złożone jedynie informacyjnie i Uczestnik spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Niezależnie od powyższego, gdyby nawet uznać, że Uczestnik był zobowiązany do przedstawienia oświadczenia Lux Med sp. z o.o. w celu spełnienia warunku z pkt 10.1.6 SIWZ, Uczestnik wykazał, że oświadczenie to zostało skutecznie złożone.

W dniu 30.03.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Zamawiający formułując wymóg dołączenia do oferty Wykazu placówek medycznych podmiotów leczniczych wpisanych do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą, w których będą dostępni lekarze przynajmniej o 5 różnych specjalnościach (dalej jako „Wykaz"), o treści zgodnej z Zał. nr 6 do SIWZ, wyposażył się w narzędzie służące weryfikacji informacji zawartych w składanych przez Wykonawców Wykazach pod względem wymogów w zakresie sposobu realizacji zamówienia określonych w pkt B.16 OPZ, stanowiącego Zał. nr 3 do SIWZ. Wykonawcy zostali bowiem zobowiązani do wskazania w Wykazie nie tylko informacji o placówkach medycznych, w których będą realizowane świadczenia medyczne opłacane z ubezpieczenia zdrowotnego, lecz również informacji o podmiocie leczniczym, wpisanym do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą, prowadzonego przez właściwego wojewodę na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 950). Parametrem, którego podania wymagał Zamawiający był m. in. nr ewidencyjny księgi rejestrowej właściwej dla podmiotu leczniczego prowadzącego daną placówkę medyczną. Konstrukcja Wykazu wskazuje na jego logikę, zgodnie z którą wykonawca w pierwszej kolejności podaje informacje identyfikujące podmiot leczniczy, a następnie wykonawca podaje informacje o jednej lub większej liczbie placówek medycznych prowadzonych przez

ów podmiot, w których wykonywane będą świadczenia medyczne w ramach ubezpieczenia zdrowotnego. Zaznaczyć należy, że w obu złożonych ofertach, tj. zarówno Odwołującego jak i Uczestnika, wielokrotnie wskazany został jeden podmiot leczniczy i kilka lub kilkanaście jego placówek medycznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż zamiast odrzucić ofertę Uczestnika wobec stwierdzenia jej relewantnych wad, w sposób zupełnie dowolny dokonał nieuprawnionej w świetle Ustawy korekty Wykazu, a w konsekwencji, w sposób istotny zmienił merytoryczną zawartość oferty. Odwołujący podnosi również, iż błędy jakimi dotknięta była oferta Uczestnika miały nieusuwalny charakter oraz że Zamawiający bez złożenia przez Uczestnika dodatkowego oświadczenia, wykraczającego poza zakres złożonej oferty, nie mógł samodzielnie dokonać poprawek.

Z zarzutami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający, przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty na skutek stwierdzenia, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma obowiązek ustalić i rozstrzygnąć czy nie powinien jednak swoim działaniem doprowadzić do jej zgodności z treścią SIWZ poprzez dokonanie poprawek nieskutkujących istotną zmianą złożonej oferty. Przy czym przy dokonaniu owych ustaleń Zamawiający opierał się na treści oferty Uczestnika (Wykazie), w której zostały wskazane dane podmiotów leczniczych, na podstawie których Zamawiający dokonał przedmiotowych poprawek. Zamawiający zakwalifikował stwierdzone usterki oferty Uczestnika jako inne omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, których poprawienie nie skutkuje zniekształceniem złożonego oświadczenia woli. Kwalifikacja ta dokonana została w oparciu o stan faktyczny i prawny ustalony m. in. na podstawie treści Wykazu, a mianowicie wypełnianej przez wykonawców jego centralnej kolumny, odnoszącej się do podmiotów prowadzących działalność leczniczą,. Działanie Zamawiającego znajduje oparcie w ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądzie, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest możliwe, gdy Zamawiający może dokonać poprawienia innej omyłki na podstawie treści oferty.

W dwóch z trzech przywołanych przez Odwołującego przypadkach rejestr wykazywał, iż podmiot leczniczy dysponuje tylko jedną placówką medyczną, w której realizowane będą świadczenia medyczne. Dotyczy to podmiotu leczniczego opisanego w poz. nr 8, w części Wykazu odnoszącej się do Poznania - podmiot leczniczy zarejestrowany pod nr 000000016143 działa poprzez ZOZ Poznań Jeżyce Szpital Miejski im. F. Raszei przy ul. Mickiewicza 2. Z kolei pod poz. nr 5 w części Wykazu odnoszącej się do Białegostoku podmiot leczniczy zarejestrowany pod nr 000000022483 działa poprzez Centrum Medyczne HANSA przy ul. Choroszczańskiej 24. Przywołał wyrok KIO z 02.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1022/14). Zamawiający nie miał wątpliwości jak poprawić omyłki, gdyż w ww. przypadkach nie ma możliwości wskazania placówki medycznej innej niż ta, która została wpisana do

Wykazu przez Zamawiającego w ramach procedury poprawienia innych omyłek, a przez to Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mógł dokonać innego ukształtowania oferty. Poprawki dokonane przez Zamawiającego miały więc swoje umocowanie w rejestrze urzędowym, wobec czego podnoszenie przez Odwołującego dowolności Zamawiającego czy jego arbitralności w kształtowaniu zupełnie nowej oferty są całkowicie bezpodstawne. Zauważyć należy, że Odwołujący dowodząc swych twierdzeń posługuje się dokładnie tym samym urzędowym rejestrem, którym posłużył się Zamawiający dokonując poprawek w treści obu ofert.

Odnosząc się do trzeciego z opisanych w odwołaniu przypadków poprawienia innych omyłek w ofercie Uczestnika, tj. poprawienia adresu placówki medycznej NZOZ „PATRON" Sp. z o.o. przy ul. Kopernika 3 w Kielcach (pozycja nr 4 w części Wykazu dotyczącej Kielc), zauważyć należy, iż Zamawiający poprawił ów adres (z ul. Jagiellońskiej 76B na ul. Kopernika 3) zarówno w informacjach o podmiocie leczniczym, jak i placówce medycznej. Jak bowiem wynika z KRS oraz rejestru podmiotów leczniczych, „PATRON" Sp. z o.o. posiada siedzibę przy ul. Kopernika 3, a przychodnia oznaczona w ofercie Uczestnika nazwą „PATRON" również ma adres przy ul. Kopernika 3. Odwołujący podnosi, iż podmiot leczniczy „PATRON" Sp. z o.o. prowadzi dwie przychodnie, podczas gdy z rejestru podmiotów leczniczych wynika, że prowadzi trzy przychodnie: „PATRON" przy ul. Kopernika 3, „ISKRA" przy ul. Jagiellońskiej 45 i „Iskra" przy ul. Jagiellońskiej 76B. W przedstawionych okolicznościach przyjąć należało, iż Uczestnik błędnie wskazał adres zarówno podmiotu leczniczego, jak i wskazanej w ofercie placówki medycznej tegoż podmiotu. Można jedynie przypuszczać, że owo błędne wskazanie adresu było wynikiem niezamierzonego działania Uczestnika, polegającego na błędnym wpisaniu w obu rubrykach adresu jednej z przychodni prowadzonej przez ten podmiot leczniczy.

Zamawiający podkreśla, iż uzupełniony przez Uczestnika Wykaz placówek medycznych, w których realizowane będą świadczenia medyczne w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, wg wzoru określonego w Zał. Nr 6 do SIWZ, liczył 431 pozycji obejmujących szczegółowe dane adresowe i rejestrowe jednostek medycznych. Można wyobrazić sobie, iż przy wprowadzaniu tak licznych danych, przy rutynowości omawianego zajęcia, o omyłkę nietrudno. W tym miejscu podkreślić należy, iż Odwołujący nie wykazał, a to jego obciąża ciężar dowodzenia, że działanie Uczestnika miało celowy i umyślny charakter. Co więcej,

Odwołujący również nie uniknął analogicznych błędów w złożonym przez siebie Wykazie.

Zamawiający nie miał podstaw przypuszczać, że dane, których poprawy dokonał w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Uczestnik wprowadził do oferty w sposób zamierzony, celowo doprowadzając do jej niezgodności z treścią SIWZ, a przez to godząc się na odrzucenie oferty bez wprowadzania procedur sanacyjnych. Przeciwnie, Zamawiający dokonując badania i oceny ofert kieruje się również dyrektywą celowego działania

30

Wykonawcy, który przygotowując ofertę dąży do tego, aby była ważna. Nieścisłości, sprzeczności, pominięcia w treści oferty, które nie powinny skutkować jej odrzuceniem, Zamawiający poprawia samodzielnie, a art. 87 ust. 2 Pzp ma w tym przypadku charakter imperatywny. Zamawiającemu nie pozostawiono dowolności co do tego, czy może skorzystać z przewidzianych w nim mechanizmów. Przeciwnie, gdyby z nich nie skorzystał, naraziłby się na zarzut zaniechania czynności do której był zobowiązany.

Przypomniał, że Zamawiający dokonał poprawek innych omyłek również w ofercie Odwołującego i to w zakresie tożsamym, jak miało to miejsce w przypadku Uczestnika. Wykaz załączony do formularza ofertowego Odwołującego obarczony był uchybieniami polegającymi na nieprawidłowym wskazaniu adresów placówek medycznych, które Zamawiający poprawił, wykorzystując do tego dane zawarte w księgach rejestrowych podmiotów leczniczych. Tym bardziej dziwią zarzuty zawarte w odwołaniu, które w przypadku ich uwzględnienia i nałożenia na Zamawiającego obowiązku powtórzenia czynności oceny ofert - przy uwzględnieniu, iż w toku ponownego badania nie będzie możliwe poprawienie ofert wykonawców w sposób, jaki to wcześniej uczynił Zamawiający - doprowadziłyby do odrzucenia nie tylko oferty Uczestnika, ale również Odwołującego, jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Twierdzenie Odwołującego o niewykazaniu przez Uczestnika spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku zakazu ubiegania się o zamówienie przez podmiot zbiorowy nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Zamawiający wskazuje, iż na skutek wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, Uczestnik przedłożył na dowód spełnienia ww. warunku oświadczenie, zgodnie z którym na dzień 26.01.2015 r. (w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu) wobec Uczestnika nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Oświadczenie to zostało uzupełnione informacją, iż w Szwecji - kraju siedziby Uczestnika - nie wydaje się zaświadczeń ani innych dokumentów, które stanowiłyby odpowiednik polskiego wypisu z KRK dla podmiotów zbiorowych, wobec czego Zamawiający uznał, iż oświadczenie Uczestnika jest wystarczające. Odwołujący natomiast swoje twierdzenia o tym, że w Szwecji wydaje się zarówno zaświadczenie o niekaralności dla osób fizycznych, jak i osób prawnych wywodzi z informacji zgromadzonych w systemie E-CERTIS. Jak jednak wiadomo ta baza danych ma charakter jedynie pomocniczy, zaś informacje tam zawarte, nie stanowiąc przepisów prawa, nie mają mocy wiążącej i jak pokazuje praktyka, często nie są one aktualne (wyrok KIO sygn. 200/14). System E-CERTIS to narzędzie referencyjne. Jest to wyłącznie narzędzie informacyjne, umożliwiające identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia w poszczególnych państwach członkowskich. Odwołujący nie udowodnił tym samym, iż przedmiotowe dokumenty są w Szwecji wydawane, jak również nie wykazał przez jaki organ są one generowane.

31

Zarzut Odwołującego o niewykazaniu przez Uczestnika spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na braku skazania Pana J. S., urzędującego członka zarządu Uczestnika, za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie. Nie odnosząc się szczegółowo do rozbudowanego wywodu Odwołującego, popartego przytoczeniem szeregu orzeczeń KIO i sądów powszechnych, które w ocenie Zamawiającego nie mają w tej sprawie żadnego znaczenia, Zamawiający pragnie podkreślić, iż w wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, Uczestnik przedłożył na dowód spełnienia przedmiotowego warunku wyciąg ze szwedzkiego Rejestru Karnego z 08.08.2014 r., a więc zaświadczenie aktualne, w rozumieniu przepisów Rozporządzenia, na dzień 26.01.2015 r., w którym to dniu upływał termin składania ofert w Postępowaniu. Wyliczenia dokonane przez Odwołującego na potrzeby odwołania są

obarczone błędem arytmetycznym, gdyż przywołany dokument nie został wystawiony wcześniej niż na 6 miesięcy przed terminem złożenia oferty. Został on wystawiony na 5 miesięcy i 18 dni przed terminem składania ofert. Dodatkowo Uczestnik przedstawił złożone przed notariuszem oświadczenie Pana J. S., zgodnie z którym nigdy nie został on skazany za żadne przestępstwo, w tym w szczególności za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Tym samym, bez względu na to czy zaświadczenie ze szwedzkiego Rejestru Karnego odnosi się do identycznego katalogu przestępstw jak w art. 24 Pzp, czy też nie, Uczestnik poprzez złożenie aktualnego zaświadczenia i oświadczenia złożonego przed notariuszem ponad wszelką wątpliwość wykazał spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut Odwołującego o niewykazaniu przez Uczestnika spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na niezaleganiu z opłacaniem podatków, składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne jest chybiony. W wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów Uczestnik przedłożył na dowód spełnienia przedmiotowego warunku zaświadczenie ze Szwedzkiej Agencji Podatkowej, z którego treści jasno wynika, iż na dzień 26.01.2015 r., w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu, Uczestnik nie miał żadnych zaległości publicznoprawnych uniemożliwiających złożenie ważnej oferty. Argumenty zaprezentowane przez Odwołującego w rzeczywistości sugerują, że w ramach Postępowania Uczestnik posłużył się dokumentem przerobionym, czyli sfałszowanym. Tymczasem umknęło Odwołującemu, iż przedłożone zaświadczenie składa się z dwóch części: pierwszej wypełnianej przez wnioskodawcę ubiegającego się o wydanie zaświadczenia, oraz drugiej, której wypełnienie należy do urzędu. Odwołujący skupił się na *„odręcznym dopisku"* stwierdzającym, iż dane wykazane w treści dokumentu dotyczą stanu na dzień 26.01.2015 r. pomijając fakt, iż pozostałe rubryki zaświadczenia zostały uzupełnione w ten sam, odręczy sposób i opatrzone imienną pieczątką i podpisem urzędnika Szwedzkiej Agencji Podatkowej, której pieczęć została notabene zamieszczona na

marginesie zaświadczenia w miejscu, w którym widnieje kwestionowany przez Odwołującego zapis. Ustawa nie nakłada na wykonawców obowiązku przedkładania, a na Zamawiającego żądania dokumentów służących wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które generowane są komputerowo, elektronicznie - decydująca jest tu praktyka wystawiania dokumentów wykształcona w danym państwie. Zamawiający nie powziął wątpliwości co do wiarygodności przedłożonego zaświadczenia, gdyż nie miał ku temu podstaw. Odwołujący natomiast, mimo ciążącego na nim obowiązku, nie udowodnił, iż prawidłowym dokumentem służącym wykazaniu przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wydawanym przez szwedzki organ jest dokument inny niż przedstawiony przez Uczestnika. Nie udowodnił również stawianej w odwołaniu tezy przerobienia przedmiotowego dokumentu.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Uczestnika w związku z nieprzedłożeniem przez niego pełnej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie zasługuje na uwzględnienie w okolicznościach niniejszej sprawy. KIO w swoich orzeczeniach dała wyraz stanowisku, zgodnie z którym w przypadku art. 26 ust. 2d Pzp konstytuującemu obowiązek przedłożenia przez wykonawcę wraz ze składaną ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, należy dać prymat wykładni celowościowej przed wykładnią literalną. Istotą bowiem omawianego wymogu jest ułatwienie Zamawiającemu zidentyfikowania przypadków, gdy w tym samym postępowaniu oferty składają podmioty powiązane ze sobą w taki sposób, że ich wspólny udział w postępowaniu mógłby prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji. W przypadku stwierdzenia takich powiązań wdrażana jest procedura wyjaśniająca w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zaznaczyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli oferty w jednym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Wobec powyższego, Ustawa nie przewiduje automatyzmu wykluczenia wykonawców z tytułu samego stwierdzenia faktu przynależenia do tej samej grupy kapitałowej. W kontekście powyższego oraz biorąc pod uwagę, iż w postępowaniu brało udział jedynie dwóch wykonawców, z których jeden - Odwołujący przedłożył pełną listę podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, w której nie znalazł się Uczestnik, ani podmiot z nim powiązany, Zamawiający uznał, iż możliwe jest

dokonanie efektywnej weryfikacji istnienia powiązań pomiędzy oferentami bez zwracania się do Uczestnika o przedstawienie wykazu podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej uzupełnionego o podmioty należące do wskazanego, na liście w złożonej w ofercie, holdingu BUPA (zagadnienie przedłożenia przez Wykonawcę niepełnej listy i konsekwencji z tego płynących było przedmiotem rozważań KIO m. in. w wyroku z 12.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1293/13). Odwołujący nie wykazał przy tym, że ziściła się

którakolwiek z przesłanek objętych hipotezą przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, co zresztą mógłby bez przeszkód uczynić, gdyby był powiązany kapitałowo z Uczestnikiem, abstrahując od tego, że wówczas mogłoby to oznaczać obowiązek wykluczenia z postępowania również Odwołującego. Przede wszystkim jednak podkreślić należy, iż wobec złożenia tylko dwóch ofert w postępowaniu (Odwołującego i Uczestnika) niekompletność listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, co Uczestnik polegająca na braku rozwinięcia tej listy w zakresie podmiotów holdingu BUPA, nie może mieć i nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania.

Twierdzenie o niewykazaniu przez Uczestnika spełnienia warunku podmiotowego polegającego na posiadaniu zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie Polski w zakresie co najmniej działu I grupy 1 i 5 lub działu II grupy 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 950) jest nieuzasadnione. Uczestnik, zgodnie z postanowieniami pkt 10.2.2 SIWZ, przedstawił na potrzeby Postępowania dokument wydany przez Szwedzki Urząd Nadzoru Finansowego obejmujący zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczenia od nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenia chorobowego. Wg wiedzy Zamawiającego dokumenty wydawane w ramach procedury notyfikacyjnej - jeżeli takowe są wydawane przez polski organ nadzoru finansowego, a czego Odwołujący nie udowodnił - nie stanowią elementu zezwolenia wydanego w innym państwie, ani też nie stanowią elementu zezwolenia na prowadzenie przez Uczestnika działalności ubezpieczeniowej na terenie RP. Zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w przypadku podmiotu mającego siedzibę w Szwecji, a działającego na terenie Polski poprzez Oddział, dokumentem stanowiącym zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w Polsce jest właściwa decyzja Szwedzkiego Urzędu Nadzoru Finansowego. Tym samym Zamawiający za wystarczające dla wykazania spełnienia przedmiotowego warunku uznał przedłożenie decyzji Szwedzkiego Urzędu Nadzoru Finansowego.

Zarzut braku dowodu potwierdzającego, że Uczestnik będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, który stanowi w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia jest bezzasadny. Zamawiający skonkretyzował tylko jeden warunek podmiotowy udziału w postępowaniu, którego niespełnienie prowadziłoby do wykluczenia wykonawcy z Postępowania, a mianowicie obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, określając w pkt 7.2.1 SIWZ, że Wykonawca winien posiadać zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie Polski w zakresie co najmniej działu I grupy 1 i 5 lub działu II grupy 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności

ubezpieczeniowej. Znaczenie postanowień pkt 7.2.1. SIWZ Zamawiający potwierdził ostatecznie w wyjaśnieniach treści SIWZ zawartych w piśmie z 31.12.2014 r., na które powołuje się Odwołujący (str. 10 akapit 2 odwołania). W postępowaniu zagadnienie placówek medycznych udostępnionych przez Wykonawcę związane było z wymogami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, a konkretnie do sposobu jego realizacji. Zaznaczyć bowiem należy, iż przedmiotem zamówienia jest ubezpieczenie zdrowotne, nie zaś usługi medyczne. Podmioty lecznicze wskazane w Wykazie placówek medycznych będą w swoich placówkach medycznych realizowały świadczenia medyczne w ramach ubezpieczenia zdrowotnego będącego przedmiotem zamówienia. Podmioty lecznicze nie są zatem podmiotami, które udostępniają swoje zasoby, na podstawie których to zasobów Wykonawca wykazuje spełnianie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

W przywołanych wyjaśnieniach SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał: *„W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że postanowienia punktu 7.3 SIWZ, zgodnie z którymi Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, odnoszą się. jedynie do warunków podmiotowych"* i dalej *„W konsekwencji Wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów dotyczących placówek medycznych wskazanych przez siebie w Wykazie placówek medycznych. Dotyczy to zarówno pisemnych oświadczeń placówek współpracujących z Wykonawcą do oddania niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, jak i jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń Wykonawcy".* Ponadto, treść SIWZ (pkt 10.1.1 SIWZ) nie pozostawia wątpliwości co do faktu, że Wykaz placówek medycznych stanowi element treści oferty, nie zaś dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, umiejscowienie przepisów dotyczących udostępnienia zasobów i potencjału podmiotów trzecich w art. 25 Pzp bezsprzecznie wskazuje na powiązanie tych przepisów z warunkami podmiotowymi udziału w postępowaniu i dokumentami składanymi przez wykonawców na potwierdzenie ich spełnienia, nie zaś z przedmiotem i zakresem zamówienia. Nie sposób tym samym podzielić poglądu, logicznie wynikającego z zarzutu odwołania, jakoby zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich miało dotyczyć każdego z elementów związanych z realizacją zamówienia, których nie posiada wykonawca. Podkreślenia wymaga również fakt, że jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była liczba placówek medycznych na terenie m.st. Warszawy. Mając na względzie brzmienie art. 91 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a także art. 91 ust. 3 Pzp stanowiącego, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, należy stwierdzić, że wyklucza to traktowanie

kwestii placówek medycznych jako warunku podmiotowego udziału w postępowaniu. Mając na względzie powołane przepisy Ustawy, postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia treści SIWZ, stwierdzić należy, że wykonawca nie był zobowiązany do przedstawienia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów dotyczących udostępnienia placówek medycznych wskazanych przez siebie w Wykazie. W związku z powyższym kwestia osób uprawnionych do reprezentacji LUX MED Sp. z o.o., której członkowie zarządu podpisali oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie ma żadnego znaczenia dla postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycje w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, a zwłaszcza zał. nr 4 i 6 do SIWZ, zmiany SIWZ z 15.12.2014 r., odpowiedzi na pytanie 1 z 31.12.2014 r., odpowiedzi na pytania – pismo z 12.01.2015 r. wraz z zał. nr 1 oraz ujednoliconym zał. nr 6 do SIWZ, zmiany SIWZ z 14.01.2015 r., oferty Przystępującego, potwierdzenia wglądu w dniu 03.02.2015 r. do oferty Przystępującego przez Odwołującego oraz dokumentacji w dniu 13.03.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust.4 Pzp z 06.02.2015 r. do Przystępującego, wyjaśnień z 13.02.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 06.02.2015 r. do Przystępującego, odpowiedzią z 23.02.2015 r. wraz z oryginałem oświadczenia Wykonawcy związanego z wymogiem pkt 12.1 SIWZ złożonego przed notariuszem, wraz z zaświadczeniem wydanym przez Szwedzką

Agencję Podatkowa (wraz z tłumaczeniem przysięgłym z j. polskiego), oryginałem oświadczenia Pana J. S., złożonego przed notariuszem w zakresie określonym art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, zaświadczeniem o niekaralności uzyskane przez Pana J. S. (wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski)

poświadczone za zgodność z oryginałem, tłumaczeniem przysięgłym Statutu Wykonawcy, pismem Odwołującego skierowanym do Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego z 18.02.2015 r., poprawy oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust.2 pkt 1 Pzp z 06.02.2015 r. oraz poprawy oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp z 06.03.2015 r., pisemnej zgody Przystępującego na poprawę z 06.03.2015 r. – pismem z 09.03.2015 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 11.03.2015 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem: 1) wydruki z ksiąg rejestrowych podmiotów wykonujących działalność leczniczą nr księgi 000000016814 oraz 000000016143; 2) wydruk z księgi rejestrowej podmiotów wykonujących działalność leczniczą nr księgi 000000014971; 3) wydruk z ksiąg rejestrowych podmiotów wykonujących działalność leczniczą nr księgi nr księgi 000000022483; 4) wydruk z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego identyfikator wydruku: z rejestru RP/265353/31/20150320100527 aktualnego przedsiębiorców, tj. KRS dla LUX MED Sp. z o.o. Dodatkowo dopuszczono złożony na rozprawie przez Odwołującego wydruk ze strony KNF dotyczący BUPA Insurance LTD. Oddział Duński oraz 2 strony wydruku ze strony: http://www.bupa-intl.com/health-insurance/campaigns/cover/pl/. Kolejna trzecia strona nie mogła być uwzględniona przez Izbę jako dowód w sprawie, bowiem została złożona bez tłumaczenia na język polski (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964). Dopuszczono także złożone przez Odwołującego na rozprawie: tłumaczenie wydruku z systemu E-CERTIS dokonane przez tłumacza przysięgłego z j. angielskiego na j. polski w zakresie zaświadczenia o braku skazania dla osób prawnych (Szwecja).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez na rozprawie Zamawiającego :

• wydruk ze strony internetowej KNF (Komisji Nadzoru Finansowego) dotyczący Przystępującego - LMG Försäkrings AB S.A. Oddział w Polsce, Oddział zakładu ubezpieczeń LMG Försäkrings AB, Szwecja.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Przystępującego wraz z pismem Uczestnika z 30.03.2015 r.:

1) wydruk z systemu E-CERTIS wraz z tłumaczeniem dokonanym przez tłumacza przysięgłego z j. angielskiego na j. polski w zakresie zaświadczenia o braku skazania dla osób prawnych (Szwecja);

2) wydruk ze strony internetowej KNF (Komisji Nadzoru Finansowego) w zakresie oddziałów zakładów ubezpieczeń państw członkowskich UE oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EEA)

Izba dopuściła także jako dowód w sprawie złożone przez na rozprawie Przystępującego:

• pełnomocnictwo z 13.01.2015 r. dla Członków Zarządu LuxMed Sp. z o.o. – A. M. oraz K. K.,

Nie została dopuszczona jako dowód w sprawie złożoną na rozprawie przez Przystępującego:

• opinie prywatną szwedzkiej Kancelarii prawnej White & Caste Advokat AB w zakresie szwedzkiej ustawy o zamówieniach publicznych (w oryginale wraz z tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski) wydaną na zlecenie Przystępującego (Izba uznaje niniejszą opinie jako stanowisko Przystępującego w sprawie).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, pismo Uczestnika z 30.03.2015 r., odpowiedź na odwołanie, oraz akta prawa miejscowego - uchwałę Rady Miasta Poznania nr XXXIII/506/VI/2012 z dnia 26.06.2012 r. ze strony internetowej Biuletynu Informacji Publicznej dla Poznania:

/http://bip.poznan.pl/bip/uchwaly/uchwala-xxxiii-506-vi-2012-z-dnia-2012-06-26,43467/, tudzież przepisy ustawy z dnia 22.03.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t. j. D. U. z 2013 r., poz. 950), stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszej grupy zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy LMG Försäkrings AB S.A., mimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji poprawienie omyłek w ofercie Przystępującego stanowiących niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, co spowodowało istotną zmianę w treści oferty tego wykonawcy, Izba uznała niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, pisma Uczestnika oraz odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ, w tym zał. nr 6 do SIWZ, odpowiedzi na

pytanie 1 z 31.12.2014 r., oferty Przystępującego, poprawy oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z 06.03.2015 r. dokonanej przez Zamawiającego, tudzież pisemnej zgody Przystępującego na poprawę z 06.03.2015 r. – pismem z 09.03.2015 r., stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny (z jednym wyjątkiem do którego Izba odniesie się w trakcie rozpatrywania zarzutów), a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi generalnie obowiązek, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym.

Należy wskazać, za wyrokiem KIO z 23.01.2013 r., sygn. akt: KIO 27/13, że: „Zgodnie *z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje,* że *jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając,* że *oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).”.*

Przy czym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez

Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne (porównaj: wyrok KIO z 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, sygn. akt: KIO/UZP 159/09, sygn. akt: KIO/UZP 174/09; wyrok KIO z 22.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1278/09; wyrok KIO z 18.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 779/10).

W tym zakresie, Izba przywołuje także wyrok KIO z 30.01.2013, sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12: „Izba *potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae netogtii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu* świadczenia *pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W* świetle *powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego* świadczenia, *czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada* żadnych *danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).".*

Izba wskazuje także na komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *„można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień"* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118.).

Kwestię zamiaru faktycznego Wykonawcy porusza także Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 29.01.2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09: *"artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp".* Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 01.03.2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10: „Lege *non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahe pomyłki, niedopatrzenia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące* świadomym *pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie".*

W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym generalnie była możliwość zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do oferty Przystępującego, zaś jak wynika z przytoczonego orzecznictwa brak jest zamkniętego katalogu dopuszczalnych przypadków poprawy w tym trybie, a każdy przypadek winien być rozpatrywany indywidualnie.
W przedmiotowym stanie faktycznym, w kontekście treści oferty, tj. informacji – wytycznych wymaganych przez Zamawiającego w wykazie placówek medycznych – zał. nr 6 do SIWZ, były one wystarczającą podstawą do dokonania poprawy przy jednoczesnym nie

przekroczeniu dopuszczalnych granic tej ingerencji. Należy przy tym zastrzec, że wyraźnie w ramach odpowiedzi na pytanie 1 z 31.12.2014 r. Zamawiający określił charakter niniejszego wykazu, jako będącego elementem przedmiotu zamówienia (str. 3), wynika to także z tego, iż miał być on także podstawą punktacji jednego z kryteriów pozacenowych. Jednocześnie z treści wykazy wynika, że przed wszystkim chodziło o podanie placówek medycznych przynależnych podmiotom leczniczym wpisanym do rejestru pomiotów wykonujących działalność leczniczą (chociażby wskazuje na to podkreślenie przyjęte przez Zamawiającego na 1 str. zał. nr 6 do SIWZ – pkt I), prowadzonego przez właściwego wojewodę. Została więc przyjęta określona systematyka, konstrukcja oraz przyporządkowanie (razem z kolumnami: Lp., miasto, nazwa i adres podmiotu leczniczego z nr księgi rejestrowej oraz nazwa i adres placówki medycznej). Z tej przyczyny, opierając się na tej konstrukcji, Zamawiający miał podstawy do dokonania poprawy kierując się wymaganym nr księgi rejestrowej podanym w kolumnie odnoszącej się do podmiotu leczniczego. Nie naruszał w tym względzie treści oferty, gdyż działał w granicach nakreślonych wcześniej w dyspozycji, w oparciu o dane ze złożonej oferty.

Względem, zaś szczegółowego zarzutu dotyczącego poz. 2.5 zał. nr 6 do SIWZ (str. 10 oferty) - Białystok. Dokonana przez Zamawiającego zmiana nazwy i adresy placówki medycznej – została przeprowadzona w oparciu o przyporządkowanie wskazanemu

prawidłowo podmiotowi leczniczemu, określonej placówki medycznej wynikającej z rejestru. W tym wypadku, Zamawiający działał w zakresie zakreślonej wcześniej dyspozycji prymatu podmiotu leczniczego wskazanego przez właściwy nr księgi rejestrowej. Izba wskazuje, że podana pierwotnie placówka medycznie była co do zasady wskazana, choć omyłkowo. Biorąc pod uwagę przyjętą zasadę prymatu podmiotu leczniczego – nie można w tym stanie faktycznym stawać znaku równości pomiędzy brakiem wskazania jakiejkolwiek placówki medycznej, a wskazaniem placówki medycznej nie przyporządkowanej do podmiotu leczniczego, tym bardziej, że na etapie realizacji umowy Zamawiający przewidział w § 2 ust. 5 jej zmianę, przy zachowaniu ilości placówek i wymogu pierwotnego dotyczącego liczby lekarzy specjalistów. W ocenie Izby, brak było możliwości wskazania jako przyporządkowanej niniejszemu podmiotowi leczniczemu innej placówki – w rejestrze jednoznacznie podano jedną placówkę medyczną, pozostałe, to jednostki organizacyjne i komórki, mieszczące się pod tym samym adresem

Względem, zaś szczegółowego zarzutu dotyczącego poz. 14.4 zał. nr 6 do SIWZ (str. 10 oferty) - Kielce. Dokonana przez Zamawiającego zmiana adresu podmiotu leczniczego, jak i placówki medycznej była dopuszczalna. W tym zakresie Odwołujący podnosił na rozprawie, ze istniała alternatywna droga poprawy niż przyjętą przez Zamawiającego, uważał bowiem, ze wskazanie omyłkowo tego samego adresu pierwotnie, pozwala równie dobrze na poprawę nazwy, która także była identyczna. Podnosił także, ze zgodnie z nr księgi rejestrowej, dany podmiot leczniczy ma więcej niż jedną placówkę medyczną, w tym na ul. Jagiellońskiej 76 B. W ocenie Izby, tylko pozornie takie stanowisko mogłoby wydawać się uzasadnione, albowiem biorąc pod uwagę dane rejestrowe, Zamawiający miał podstawy do uznania, że omyłka jest w adresie, w obu wypadkach, a nie w nazwie, albowiem nie ma pod pierwotnym adresem podmiotu i placówki z nazwą „PATRON”, jest natomiast generalnie tak podmiot i placówka z nazwą „PATRON”. W konsekwencji, miał podstawy w rejestrze do umiejscowienia omyłki w adresie, a nie w nazwie. W rezultacie placówka medyczna nie została wskazana przez Zamawiającego w sposób uznaniowy, arbitralnie, lecz ma oparcie w danych zawartych w ofercie oraz przyjętej wcześniej dyspozycji. Nie zmieniono więc treści oferty wykraczając poza pierwotny zakres zamiaru Wykonawcy. Kwestie braku słowa – „PRZYCHODNIA” nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. Jednocześnie wbrew twierdzeniom Odwołującego z odwołania, poprawiono adres podmiotu leczniczego (jedyna różnica miedzy stronami w zakresie stanu faktycznego). Kwestia, zaś słowa „PRZYCHODNIA” przy placówce medycznej została podniesiona w odwołaniu w kontekście dokonanej przez Zamawiającego poprawy adresu, nie jako odrębne naruszenie, tj. zaniechanie ze strony Zamawiającego. Powyższa nieścisłość, jak było to podnoszone nie utrudniała zdekodowania pierwotnych intencji Przystępującego.

Względem, zaś szczegółowego zarzutu dotyczącego poz. 10.8 zał. nr 6 do SIWZ (str. 10 oferty) - Poznań. Dokonana przez Zamawiającego zmiana nazwy i adresu placówki medycznej, była w ocenie Izby dopuszczalna. W tym jednak zakresie, w pierwszej kolejności Izba odniesie się do braku zmiany nazwy podmiotu leczniczego, powyższe w odróżnieniu od kwestii wynikłej przy pozycji dotyczącej Kielc - było jednoznacznie zarzucone w odwołaniu przez Odwołującego. Izba zweryfikowała stanowisko Przystępującego co do podania poprzedniej nazwy podmiotu leczniczego w kontekście powołanej na rozprawie uchwały Rady Miasta Poznania nr XXXIII/506/VI/2012 z dnia 26.06.2012 r. ze strony internetowej Biuletynu Informacji Publicznej dla Poznania: /http://bip.poznan.pl/bip/uchwaly/uchwala-xxxiii-506-vi-2012-z-dnia-2012-06-26,43467/. Na tej podstawie – tzn. powyższego aktu prawa miejscowego, uznając stanowisko Przystępującego za wiarygodne i mające oparcie w przedmiotowej uchwale. W rezultacie uznając brak konieczności poprawy w tym zakresie, gdyż podano poprzednia nazwę tego samego podmiotu leczniczego, który wynika zgodnie z nr księgi rejestrowej. W następnej kolejności, Izba odniesie się do dokonanej przez Zamawiającego zmiany nazwy i adresu placówki medycznej. W tym zakresie Zamawiający kierował się nr księgi rejestrowej podmiotu leczniczego podanym w ofercie i w oparciu o dane rejestrowe miał podstawy do przyporządkowania właściwej placówki medycznej pod wskazany nr księgi rejestrowej podmiotu leczniczego. Kierując się przyjętymi założeniami weryfikacyjnymi w postępowaniu. Okoliczność istnienia podanej pierwotnie w ofercie placówki medycznej jest bez znaczenia z uwagi na przyjęte założenia weryfikacyjne poprzez podmiot leczniczy, a nie odwrotnie. Nadto, nie bez znaczenia jest okoliczność, że przyporządkowana placówka medyczna mieści się pod tym samym adresem, co podmiot leczniczy wynikający z podanego nr księgi rejestrowej. Jednocześnie należy uznać za nietrafne stanowisko Odwołującego z odwołania, że łatwiej o błąd w numerze księgi rejestrowej niż w nazwie, uznając chociażby za przesądzającą informacje wynikającą z przywołanej przez Przystępującego uchwały Rady Miasta Poznania. Izba dodatkowo podnosi, że w ramach odwołania Odwołujący zarzucał co do istoty brak dopuszczalności zmiany istniejącej placówki medycznej jednej na drugą, kwestia zastąpienia nazwy placówki medycznej inną nazwą, która nie ma oparcia w nr księgi rejestrowej pojawiła się dopiero na rozprawie. Jeżeli uznać, że było to wynikiem odpowiedzi na odwołanie, co może budzić wątpliwości (czy mieściło się w zakresie zarzutu), przywołać należy stanowisko Zamawiającego, że podana nazwa zawiera w sobie element „w nazwie" wynikający z pkt 12 księgi rejestrowej odnoszący się do wskazania formy organizacyjnej szpitala. Powyższa zmiana nie została zanegowana przez Przystępującego i odnosi się sensu largo do placówki medycznej podmiotu leczniczego wskazanego po takim samym adresem, pod którym mieści się tak podmiot, jak i placówka medyczna. Ta ostatnia okoliczność nie pozostaje bez wpływu na okoliczności sprawy i ocenę Izby.

Izba dodatkowo, uznała za konieczne wskazanie, że odniosła się do powyższych zarzutów kierując się dobrem postępowania, mimo, że istniały realne podstawy do uznania ich za spóźnione. Należy wyjaśnić, że Odwołujący miał wiedzę w tym zakresie wynikającą z wglądu w ofertę Przystępującego, którą ujawnił Zamawiającemu w piśmie z 18.02.2015 r. Izba naturalnie dostrzega ciąg i chronologie czynności Zamawiającego oraz poszczególnych wydarzeń, jednakże już 18.02.2015 r. Odwołujący wyraźnie zakwalifikował w zakresie miast: Poznań, Kielce oraz Białystok – względem poz. 2.5, 14.4 oraz 10.8, błędy w ofercie Przystępującego, jako skutkujące koniecznością jej odrzucenia, albowiem z góry negował w tym piśmie (str. 2 i 3) możliwość poprawy tak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, jak i 3 Pzp. Z tej też przyczyny, biorąc pod uwagę uchwałę SN III CZP 107/12 z 28.02.2013 r. należałoby uznać istnienie wymiernej podstawy do uznania powyższych zarzutów za spóźnione. Zastosowanie miałby bowiem art. 182 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie drugiej grupy zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3, 8 i 9 Pzp oraz § 3 i 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, Izba uznała niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, pisma Uczestnika oraz

odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytanie 1 z 31.12.2014 r., oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 06.02.2015 r. do Przystępującego, odpowiedzi z 23.02.2015 r. wraz z oryginałem oświadczenia Wykonawcy związanego z wymogiem pkt 12.1 SIWZ złożonego przed notariuszem, wraz z zaświadczeniem wydanym przez Szwedzką Agencję Podatkowa (wraz z tłumaczeniem przysięgłym z j. polskiego), oryginałem oświadczenia Pana J. S., złożonego przed notariuszem w zakresie określonym art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski, zaświadczeniami o niekaralności uzyskanymi przez Pana J. S. (wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski) poświadczonymi za zgodność z oryginałem, tłumaczeniem przysięgłym Statutu Wykonawcy - stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa w ramach poszczególnych zarzutów.

Względem braku aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp (dla podmiotu zbiorowego) – w kontekście wykazania spełniania warunku z pkt 10.3.6 SIWZ. W tym zakresie, w ocenie Izby, wystarczającym było złożenie stosownego oświadczenia przed notariuszem, co miało miejsce w wyniku

uzupełnienia z 23.02.2015 r. na skutek wezwania pismem z 06.02.2016 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp /oświadczenie z 06.02.2015 r. odnoszące się w swej treści do 26.01.2015 r./. Abstrahując od kwestii pomocniczego charakteru E-CERTIS na co wskazuje chociażby Komisja Europejska na stronie *e-certis* stwierdzając, że: „eCERTIS *to narzędzie referencyjne,* a *nie usługa udzielania porad prawnych. Narzędzie to nie gwarantuje,* że *informacje będące wynikiem wyszukiwania zostaną uznane za wiążące przez instytucję zamawiającą. Jest to wyłącznie narzędzie informacyjne, umożliwiające identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia w poszczególnych państwach członkowskich."* (za wyrokiem KIO z 03.03.2014 r., sygn. akt: KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14 – str. 54 uzasadnienia), należy zauważyć, że tak tłumaczenie Odwołującego, jak i Przystępującego wydruku z E-CERTIS - potwierdza, że tylko rzeczywista os. fizyczna może wystąpić o wyciąg z rejestru skazanych dla siebie (zdanie 3 – pierwsza rubryka /Rodzaj dowodu/). Przy czym, Izba zauważa, że w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie jest wystarczające zbadanie, czy w danym państwie funkcjonuje rejestr zawierający informacje na temat odpowiedzialności karnej osób prawnych, lecz należy przede wszystkim stwierdzić, czy zaświadczenie z takiego rejestru potwierdza, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia. (za wyrokiem KIO z 13.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1375/11; KIO 1376/11). Biorąc powyższe pod uwagę, jak i zgodne stanowisko Odwołującego z rozprawy – że oczekuje weryfikacji przedstawicieli prawnych osoby prawnej - z tłumaczeniem przedłożonym przez Przystępującego do pisma Uczestnika z 30.03.2015 r. /rubryka rodzaj dowodu - wydruku z systemu E-CERTIS wraz z tłumaczeniem dokonanym przez tłumacza przysięgłego z j. angielskiego na j. polski w zakresie zaświadczenia o braku skazania dla osób prawnych (Szwecja) – zdanie 1/, należy uznać, że istnieje w Szwecji jedynie możliwość weryfikacji przedstawicieli prawnych osoby prawnej, nie zaś samej osoby prawnej. Potwierdza to także opinia prywatna szwedzkiej Kancelarii prawnej White & Caste Advokat AB w zakresie szwedzkiej ustawy o zamówieniach publicznych (przedłożona na rozprawie w oryginale wraz z tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski) wydana na zlecenie Przystępującego - będąca stanowiskiem Przystępującego w sprawie.

Należy dodać, niejako na marginesie, że jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie stosowna weryfikacja w szwedzkim rejestrze skazanych miała co do zasady miejsce i została przedłożona, jednakże z uwagi na różnice w systemach prawnych i brak odniesienia ewentualnych przestępstw w kontekście zamówień publicznych, tak w zakresie podmiotu zbiorowego, jak i osób fizycznych (członków zarządu) właściwym jest złożenie w obu wypadkach oświadczenia u notariusza, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym w wyniku dokonanego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na zakończenie, Izba podnosi, że przedmiotowy zarzut także pojawił się w piśmie

Odwołującego z 18.02.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem braku aktualnego zaświadczenia dla pana J. S. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – w kontekście wykazania spełniania warunku z pkt 10.3.5 SIWZ. W tym zakresie, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwa uznając je za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego: *„Biorąc bowiem pod uwagę założenia ogólne poczynione na wstępie uzasadnienia /str. 26-30 – przypis autora uzasadnienia/ stwierdzić należało,* że *w Szwecji zakres uzyskanego zaświadczenia z KRK o osobach fizycznych nie zawiera informacji skatalogowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego), dlatego też koniecznym i właściwym było przedłożenie oświadczenia złożonego przed notariuszem zawierającego informację wymagane ustawą Pzp."* (za wyrokiem KIO z 03.03.2014 r., sygn. akt: KIO 191/14; KIO 192/14; KIO 200/14; KIO 202/14; KIO 205/14 – str. 65 uzasadnienia). Dopuszczalność składania oświadczeń złożonych przed notariuszem w celu potwierdzenia niekaralności osób mających miejsce zamieszkania w Szwecji potwierdza również - wyrok KIO z 12.02.2010 r., sygn. KIO/UZP 37/10; KIO/UZP 38/10. Jedynie podnosząc, że kwestia 3 miesięcznej ważności wydanego w terminie 6 miesięcy - dostarczonego dodatkowo /obok oświadczenia/ zaświadczenia ze szwedzkiego rejestru skazanych (Utdrag *ur belastningsregistret* - o którym wspomniano w informacji w systemie E-CERTIS) wydanego dla pana J. S. dnia 08.08.2014 r.– także w wyniku uzupełnienia z 23.02. 2015 r., ma charakter poboczny, przy czym niewątpliwe mieści się w czasokresie nakreślonym przez – § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Na zakończenie, Izba podnosi, że przedmiotowy zarzut także pojawił się w piśmie Odwołującego z 18.02.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem braku aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert – w kontekście wykazania spełniania warunku z pkt 10.3.3 i 10.3.4 SIWZ. Izba podnosi, że brak jest podstaw do podważania zaświadczenia ze szwedzkiego organu podatkowego *(Begäran/Svar Offentliga uppgifter, SKV4820),* czyli szwedzkiego dokumentu

urzędowego (wniosek z 12.02.2015 r./odpowiedź z 13.02.2015 r./) złożonego w wyniku uzupełnienia braków wraz z pismem z 23.02.2015 r. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, a nawet nie podjął próby weryfikacji zakwestionowanego dokumentu. Podważana w odwołaniu pieczęć przy spornym dopisku/informacji niewątpliwie należy do szwedzkiego organy podatkowego – co wynika z dalszej treści kwestionowanego dokumentu. Należy także zauważyć, że właśnie z uwagi na sporny dopisek/informacje - owa pieczęć został postawiona przez szwedzki organ podatkowy. Twierdzenia o wewnętrznej sprzeczności przedmiotowego dokumentu, Izba traktuje, jako stanowisko Odwołującego o charakterze polemicznym, będące niczym nie popartą interpretacją Odwołującego.

Na zakończenie, Izba podnosi, że przedmiotowy zarzut także pojawił się w piśmie Odwołującego z 18.02.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem braku pełnej listy podmiotów należących do grupy kapitałowej BUPA – w kontekście wykazania spełniania warunku z pkt. 10.1.3 SIWZ. Izba w tym zakresie, w niniejszym składzie, podziela wykładnie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp wynikającą z wyroku KIO 12.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1293/13, czemu dał wyraz w wyroku KIO z 10.07.2013 r., sygn. akt: 1460/13: *„W przedmiotowym stanie faktycznym istotne jest również uwzględnienie treści przepisu art. 24 ust 2 pkt 5 Pzp, który stanowi,* że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej (…), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (…). Potwierdza to także stanowisko zawarte w: „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do*

przepisów ustawy", pod redakcją J. Sadowego, B. Brańko, UZP, W-wa 2013, str. 39, gdzie stwierdza się, że: *„Wprowadzenie przepisu art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi wyraz wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu postępowania poprzez ograniczenie sytuacji, w których w jednym postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składają przedsiębiorcy tworzący jeden podmiot gospodarczy". Podobnie: „Wprowadzenie nowej przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu ma na celu zapobieganie negatywnym zjawiskom w toku postępowania o udzielnie zamówienia. Dzieje się tak, ponieważ przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej, jako uczestnicy jednego podmiotu gospodarczego, zazwyczaj nie konkurują" (za: O. Starzyk: „Nowe zasady wykluczenia wykonawców z postępowania"; Gazeta Prawna Nr 132 z dnia 10.07.2013 r.). Wynika więc z powyższego,* że *wpływ na wynik postępowania może zaistnieć w sytuacji złożenia odrębnej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej.".*

Na zakończenie, Izba podnosi, że przedmiotowy zarzut także pojawił się w piśmie

Odwołującego z 18.02.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem braku potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.2.1 SIWZ, tj. brak zezwolenia właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie co najmniej działu I grupa 1 i 5 lub dziełu II grupa 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. Zgodnie z pkt 10.2.2 SIWZ wykonawca był zobowiązany przedstawić zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej na terenie RP w zakresie co najmniej działu I grupa 1 i 5 lub działu II grupa 2 w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej. W tym zakresie, Izba generalnie podkreśla, że dostrzega w sposób wyraźny wynikającą z art. 131 ust.1 i 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej uzależnienie rozpoczęcia działalności ubezpieczeniowej w Polsce przez oddział podmiotu zagranicznego od skutecznego przeprowadzenia procedury notyfikującej. Istotą problemu jest jednakże kwestia postanowień SIWZ – pkt. 7.2.1 w zw. z 10.2.2 i pkt 12.4. Nie wynika z nich konieczność załączenia dokumentów będących rezultatem procedury notyfikującej, brak jest też tam wskazania, jakie miałyby być to dokumenty, czy też wystarczyłoby potwierdzenie z polskiego KNF, czy też wydruk z jego strony internetowej w tym zakresie. Wobec powyższego Izba uznała, że konieczne jest uznanie, że wobec braku precyzji w tym zakresie (SIWZ nic nie mówi o notyfikacji) konieczne jest uznanie, że nieprecyzyjne w tym względzie postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców. Powyższa zasad wynika, chociażby przykładowo w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *„Izba za orzecznictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający,* że *wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (…)".*

Izba wskazuje dodatkowo, ze dalszym pytaniem byłaby podstawa ewentualnego żądania ewentualnych dokumentów w zakresie procedury notyfikacyjnej – skoro nie ma ich wymienionych w SIWZ (art. 26 ust. 3 Pzp, czy też raczej art. 26 ust. 4 Pzp). Jednocześnie nie bez znaczenia jest kwestia tego rodzaju, że informacja w tym zakresie – jest ogólnie dostępna na stronach KNF, co w kontekście braku precyzji postanowień SIWZ, także nie jest bez znaczenia. Należy stwierdzić, że strony internetowe KNF nie są stronami bliżej nieokreślonej instytucji, lecz podmiotu zobowiązanego do prowadzenia określonych rejestrów w zakresie informacji m.in. dotyczących działalności ubezpieczeniowej. Ewentualne podważanie aktualności informacji tam zawartych nie może być gołosłowne. Odwołujący jest też w tym zakresie niekonsekwentny, gdyż w tym zarzucie neguje walor dowodowy materiałów Przystępującego i Zamawiającego pochodzących ze stron internetowych KNF,

a przy okazji ostatniego zarzutu, powołuje się na inne informacje rejestru z tej samej strony prowadzonej przez KNF.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem braku dowodu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował

zasobami w trakcie realizacji zamówienia, który stanowi w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby zamówienia - w kontekście wykazania spełniania warunku z pkt. 10.1.6 SIWZ. W pierwszej kolejności stwierdzając, że ofertę w postępowaniu nie złożyła spółka LuxMed Sp. z o.o., zaś Zamawiający udzielił jednoznacznego wyjaśnienia co do charakteru wykazu placówek medycznych – w ramach zał. nr 6 do SIWZ – odpowiedź na pytanie 1 z 31.12. 2014 r., w konsekwencji zobowiązanie będące przedmiotem zarzutu - LuxMed Sp. z o.o. nie rodzi tak dużych konsekwencji, jak ma to miejsce w innych postępowaniach w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego. Podobnie, charakter zał. nr 6 do SIWZ wynika z pkt 10.1..1 SIWZ, jak i z kryteriów pozacenowych pkt 15.4.4 SIWZ. Z kolei w stanowisku Odwołującego, brak jest konsekwencji, gdyż w ramach pierwszej grupy zarzutów potwierdza charakter zał. nr 6 do SIWZ, jako przedmiotowy, zaś w niniejszym zarzucie upatruje jego role jako służącą wykazaniu warunków o charakterze podmiotowym. Przy czym, należy zauważyć, że Przystępujący w toku rozprawy przedłożył stosowny dokument umocowania względem osób, które podpisały umocowanie spółka LuxMed Sp. z o.o. załączone do oferty (str. 77), co jednak ma charakter poboczny, gdyż decydujące są okoliczności wynikające z postanowień SIWZ oraz stanowisko orzecznictwa. W kontekście właśnie stanowiska orzecznictwa, Izba w niniejszym składzie podnosi, że przyjmuje za własne stanowisko wynikające z wyroku KIO z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1259/12, czemu dała także wyraz w wyroku KIO z 25.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1359/13: *„W pierwszej kolejności, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych przez Odwołującego, tzn. wyroku KIO z dnia 18.05.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11, wyroku KIO z dnia 28.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1281/11, wyroku KIO z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1530/11, postanowieniu KIO z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1781/11, wyroku KIO z dnia 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1259/12, a pośrednio także w wyroku KIO z dnia 20.05.2011 r., sygn. akt: KIO 945/11. Należy zauważyć, że art. 26 ust.3 Pzp wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. W konsekwencji dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów, Izba oddaliła także zarzut

naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, tj. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……