

Sygn. akt: KIO 158/14

**WYROK**  
z dnia 13 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**  
**Członkowie: Robert Skrzyszewski**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **adwokata S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat S..... K..... Kancelaria Adwokacka, adwokata K..... K.....-K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka K..... K.....-K..... (lider) oraz radcę prawnego I..... D....., z adresem dla lidera: ul. Bitwy Warszawskiej 1920 21/149, 02-366 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Nowodworskie Centrum Medyczne w Nowym Dworze Mazowieckim (05-100), ul. Miodowa 2**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Nowodworskiemu Centrum Medycznemu w Nowym Dworze Mazowieckim unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: adwokata S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat S..... K..... Kancelaria Adwokacka, adwokata K..... K.....-K..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka K..... K.....-K..... (lider) oraz radcy prawnego I..... D....., z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Nowodworskie Centrum Medyczne w Nowym Dworze Mazowieckim** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **advokata S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat S..... K..... Kancelaria Adwokacka, adwokata K..... K.....-K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka K..... K.....-K..... (lider) oraz radcę prawnego I..... D.....** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Nowodworskiego Centrum Medycznego w Nowym Dworze Mazowieckim** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **advokata S..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Adwokat S..... K..... Kancelaria Adwokacka, adwokata K..... K.....-K..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka K..... K.....-K..... (lider) oraz radcy prawnego I..... D.....** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 158/14**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Obsługa prawna Nowodworskiego Centrum Medycznego w Nowym Dworze Mazowieckim” zostało wszczęte przez Nowodworskie Centrum Medyczne w Nowym Dworze Mazowieckim, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (278637-2013) w dniu 20 grudnia 2013 r.

W dniu 28 stycznia 2014 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: adwokat S..... K....., adwokat K..... K.....-K..... (lider) oraz radca prawny I..... D....., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż nie wykazał on, nie tylko samodzielnie, ale nawet po uzupełnieniu z powołaniem się na potencjał podmiotu trzeciego, spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, co stanowić miało naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne utożsamienie podmiotu trzeciego z podwykonawcą, a także art. 2 ust. 11 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż tylko osoba prowadząca działalność gospodarczą może być wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż może on żądać od wykonawcy złożenia dokumentu zgłoszenia VAT-R. Działania podjęte przez Zamawiającego stanowić miały naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a tym samym były wbrew przepisowi art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej

przez niego oferty, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 29 stycznia 2014 r. za pośrednictwem faksu.

W dniu 4 lutego 2014 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Izby wykonawca: radca prawny J..... C....., zwany dalej zgłaszającym przystąpienie. W piśmie tym zgłaszający przystąpienie oświadczył,

że informację o wniesionym odwołaniu otrzymał w dniu 29 stycznia 2014 r., a tym samym potwierdzili ustalenia poczynione przez Izbę na podstawie oświadczenia Zamawiającego przekazanego Prezesowi Izby w dniu 3 lutego 2014 r. oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego kopii akt sprawy o udzielenie zamówienia przekazanych Prezesowi Izby w dniu 6 lutego 2014 r.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp nie zawiera regulacji odnoszącej się do sposobu ustalania terminów, koniecznym jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), zwanego dalej kc, tj. art. 110 i n. Zgodnie z art. 111 kc termin oznaczony w dniach kończy się upływem ostatniego dnia, przy tym jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Art. 115 kc stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego, przy tym przez dni uznane ustawowo za wolne od pracy traktować należy te, na które wskazuje ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4 poz. 28). Kierując się przywołanym przepisami oraz uwzględniając fakt, iż kopia odwołania została przekazana w dniu 29 stycznia 2014 r., uznać należało, że określony art. 185 ust. 2 ustawy Pzp termin 3 dni wyznaczony wykonawcom na doręczenie Prezesowi Izby zgłoszenia przystąpienia upłynął w sobotę, 1 lutego 2014 r. Ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. nie wskazuje na ten dzień, czy też generalnie na soboty, jako na dni wolne od pracy.

Dlatego też uznać należało, iż zgłoszenie przystąpienia – doręczone Prezesowi Izby w dniu 4 lutego 2014 r. – dokonane zostało po terminie, a tym samym nie mogło zostać przez Izbę uznane za skuteczne. Istotnym w rozpatrywanym przypadku jest to, że w ustalonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, Wykonawca zobowiązany jest doręczyć Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w odpowiedniej formie. Tym samym nie może zostać uznane za zachowanie terminu nadanie powołanego zgłoszenia, sporządzonego w wymaganej przepisem prawa formie, w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) w dniu 31 stycznia 2013 r. (taka data nadania widnieje na kopercie). W stanie prawnym właściwym do rozpoznania niniejszej sprawy, brak jest przepisu prawa (odmiennie niż w odniesieniu do skargi, gdzie w art. 198b ust. 2 wprost wprowadzona została taka regulacja), zgodnie z którym złożenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego doręczeniem Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Dlatego też fakt nadania powołanego zgłoszenia przed upływem ustawowego terminu, tj. w dniu 31 stycznia 2014 r. nie mógł być oceniony jako prawnie doniosły.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż wykonawca: radca prawny J..... C..... nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymowali się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch usług polegających na „obsłudze prawnej

*podmiotów leczniczych (publicznych zakładów opieki zdrowotnej)” nabytym w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania oferty. Zgodnie z VI.3) SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, wykonawca był zobowiązany przedstawić wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług – formularz dla sporządzenia takiego wykazu stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.*

*Niezależnie od powyższego, zgodnie z pkt VI.2.2) SIWZ, Zamawiający oczekiwał również, że wykonawcy wraz z ofertą złożą mu m.in. „aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.*

Termin składania ofert upłynął w dniu 30 grudnia 2013 r. Przed jego upływem, czterech wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty, w tym m.in. Odwołujący i Przystępujący.

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą wykazie usług zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat powołał dwie usługi świadczone na rzecz Centrum Zdrowia Mazowska Zachodniego sp. z o.o. w Żyrardowie.

Zamawiający, po przeprowadzeniu badania oferty złożonej przez Odwołującego, uznał, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż „*nie wykazał, że wykonał dwie usługi w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, wykazana usługa dotyczy spółki prawa handlowego*”. Mając to na uwadze, powołując się na art. 26 ust 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 stycznia 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług. Ponadto, powołując się na pkt VI.2.2) SIWZ, żądał również przedstawienia mu dokumentu zgłoszenia VAT-R odnoszącego się do jednego z konsorcjantów (radcy prawnego I..... D.....).

W odpowiedzi na powołane wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 14 stycznia 2014 r. wskazał Zamawiającemu, iż dokonana przez niego interpretacja treści opisu warunku zawęży jego zakres w sposób nieuzasadniony. Niemniej z ostrożności Odwołujący przedstawił nowy wykaz usług, w którym wskazano na realizację dwóch usług wykonanych na rzecz zakładów opieki zdrowotnej zrealizowanych przez podmiot trzeci. Do wykazu zostało również dołączone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia własnych zasobów. Odnosząc się do wezwania w zakresie zgłoszenia VAT-R, wykonawca wyjaśnił, iż przywołana w wezwaniu Zamawiającego osoba nie prowadzi działalności gospodarczej,

nie jest też płatnikiem podatku VAT. Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ składania wraz z ofertą zgłoszenia VAT-R, co czego zresztą nie miałby prawa w świetle obowiązujących przepisów.

Zamawiający po zbadaniu przedstawionych mu wyjaśnień oraz uzupełnionych oświadczeń i dokumentów uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał, iż zgodnie z treścią SIWZ nie mógł uznać jako odpowiedniej usługi realizowanej na rzecz spółki, nie zaś publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Stwierdził również, iż nie mógł uznać za prawidłowe uzupełnione dokumentów i oświadczeń, albowiem podmiot trzeci, którego zobowiązanie przedstawił Odwołujący, nie wchodził w skład konsorcjum, nie został też wskazany w ofercie jako podwykonawca. Zamawiający, jako drugi z powodów wykluczenia Odwołującego, wskazał fakt nieuzupełnienia przez niego żądanego wezwaniem z dnia 10 stycznia 2014 r. zgłoszenia VAT-R. W ocenie Zamawiającego nie miał racji Odwołujący, że SIWZ nie upoważniała go do żądania tego właśnie dokumentu. Twierdził również, że żądanie takie dopuszczalne jest również w świetle przepisów 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Jego zdaniem bowiem katalog dokumentów w tym rozporządzeniu określony jest katalogiem otwartym, stąd nie wyklucza ono możliwości żądania zgłoszenia VAT-R.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Jego zdaniem Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż nie wykazał on, nie tylko samodzielnie, ale nawet po uzupełnieniu z powołaniem się na potencjał podmiotu trzeciego, spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, co stanowiło naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne utożsamienie podmiotu trzeciego z podwykonawcą, a także art. 2 ust. 11 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż tylko osoba prowadząca działalność gospodarczą może być wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż może on żądać od wykonawcy złożenia dokumentu zgłoszenia VAT-R. Działania podjęte przez Zamawiającego stanowiły naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, a tym samym były wbrew przepisowi art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż dokonana przez Zamawiającego interpretacja postanowień SIWZ odnoszących się do zakresu usług, jakim mogą wykazać się wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dokonana w toku badania i oceny oferty w sposób nieuprawniony zawężyła zakres znaczeniowy pierwotnej treści SIWZ, ukształtowanej przed upływem terminu składania ofert.

Jak to zostało wskazane, wykonawcy uprawnieni byli powołać się na usługi wykonane lub wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Termin ten upłynął w dniu 30 grudnia 2013 r. Tym samym początek okresu referencyjnego przypadł na dzień 30 grudnia 2010 r.

Zamawiający w treści pkt V.2 SIWZ użył pojęcia „*podmiot leczniczy*” opatrując go jednocześnie zawartą w nawiasie adnotacją „*publiczny zakład opieki zdrowotnej*”. Pojęcie „*podmiot leczniczy*” posiada swą legalną definicję w obowiązującej na dzień składania ofert ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 217), zwanej dalej ustawą o działalności leczniczej. Zgodnie z art. 4 ust. 1 podmiotami leczniczymi są min.: „1) *przedsiębiorcy (...)* 2) *samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej*”. Co istotne, ustawa ta weszła w życie z dniem 1 lipca 2011 r., a zatem nie jest właściwą dla pełnego okresu referencyjnego. Przed wskazanym dniem odpowiednim aktem prawnym była ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. z 2007 r. Nr 14 poz. 89 z późn. zm.), zwana dalej ustawą o zoz. Ustawa ta w art. 2 ust. 1 określa katalog zakładów opieki zdrowotnej, zaś w art. 8 ust. 2, wskazuje, że „*publicznym zakładem opieki zdrowotnej*” jest zakład opieki zdrowotnej utworzony przez ministra lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę, jednostkę samorządu terytorialnego, publiczną uczelnię medyczną lub publiczną uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych lub Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego. Co istotne w art. 35b powołana ustawa wprowadza również pojęcie „*samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej*” zawężając jego zakres w odniesieniu do pojęcia



„publicznego zakładu opieki zdrowotnej” zdefiniowanego w powołanym art. 8 ust. 2 ustawy o zoz.

Mając to na uwadze Izba uznała, że do usług realizowanych w okresie referencyjnym, a w szczególności do podmiotów, na rzecz których usługi te miały być świadczone, odnosily się dwa akty prawne. W okresie od dnia 30 grudnia 2010 r. do 10 lipca 2011 r. właściwą była ustawa o zoz, zaś począwszy od dnia 11 lipca 2011 r. do dnia 30 grudnia 2013 r. odpowiednią była ustawa o działalności leczniczej. Stąd też w zależności od czasu realizacji wykazywanej usługi należy odwoływać się do innych pojęć, właściwych każdej z tych ustaw. Jak słusznie zauważył to Odwołujący pojęcie „podmiotu leczniczego” wprowadzone zostało przez ustawę o działalności leczniczej, nie było zaś znane wcześniej obowiązującej ustawie o zoz. Tymczasem pojęcie „publicznego zakładu opieki zdrowotnej” definiowane zostało w ustawie o zoz, nie zostało zaś w takiej treści zdefiniowane w ustawie o działalności leczniczej. Co szczególnie istotne, pojęcie „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej” znane było obu ustawom, a w ustawie o zoz, zostało ono wyraźnie odróżnione od pojęcia „publiczny zakład opieki zdrowotnej”.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż uprawniona była wykładnia zapisu pkt V.2 SIWZ dokonana przez Odwołującego, który uznał, że Zamawiający w sposób celowy w treści warunku powołał w nawiasie pojęcie „publiczny zakład opieki zdrowotnej”, ażeby umożliwić wykonawcom powoływaniem się na doświadczenie nabyte w okresie od dnia 30 grudnia 2010 r. do 10 lipca 2011 r. świadczone na rzecz właśnie tych podmiotów. Interpretacja ta jest szczególnie uzasadniona wobec przywołanego faktu, iż pojęcie to zostało legalnie zdefiniowane na gruncie przepisów obowiązujących w okresie referencyjnym, a także, co wymaga podkreślenia, iż zostało ono, nawet na gruncie przepisów ustawy o zoz odróżnione od pojęcia „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej”. Ta ostatnia okoliczność, przemawia przeciw uznaniu za zasadny argumentu Zamawiającego, zgodnie z którym dla profesjonalisty, jakim jest Odwołujący, oczywistym powinno być to, że mimo faktu powołania w SIWZ w pkt V.2 pojęcia „publiczny zakład opieki zdrowotnej”, intencją Zamawiającego było użycie pojęcia „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej”, albowiem tylko to ostatnie znane było przepisom prawa obowiązującym w dniu składania ofert. Wnioskowanie to, zdaniem Izby, jest o tyle nieprawidłowe, iż pomija fakt, że w okresie referencyjnym (ostatnich trzech latach przez upływem terminu składania oferty) również pojęcie „publicznego zakładu opieki zdrowotnej” posiadało swą legalną definicję, a ponadto w okresie tym funkcjonowało ono obok drugiego, z powoływanych tu, a także zdefiniowanych w tym samym okresie (a nawet w tym samym akcie prawnym – ustawa o zoz) pojęć.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami Izba uznała, iż Odwołujący był uprawniony do powołania się na usługę realizowaną na rzecz podmiotu leczniczego wskazanego w wykazie złożonym wraz z ofertą. Jedyнным zarzutem, jaki podnosił wobec tych usług Zamawiający było to, że podmiot ten działał w formie spółki prawa handlowego, nie zaś samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Uwzględniając powyższe, uznać należało twierdzenia te za niezasadne. Dlatego też Izba, mając na uwadze ustaloną przez Zamawiającego wartość postępowania oraz korespondujący z nią przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie przez ten podmiot spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Tym samym bezpodstawnym było wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń mających spełniać ten warunek, a zatem również ocena dokumentów uzupełnionych Zamawiającemu dokonana przez niego w tym zakresie pozostaje w tym kontekście prawnie indyferentna. Mając to wszystko na uwadze Izba uznała, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy, wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu powołując się na powody powyżej przytoczone.

Nie potwierdziły się tezy Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 2 ust. 11 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż tylko osoba prowadząca działalność gospodarczą może być wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Jak przyznał w toku rozprawy przed Izbą sam Zamawiający nie podziela on opinii, którą przypisuje mu Odwołujący, a tym samym przyznaje rację temuż wykonawcy, w zakresie w jakim twierdzi on, że wykonawcą mogą być również osoby, które nie prowadzą działalności gospodarczej. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby z SIWZ, czy też późniejszych pism Zamawiającego, można byłoby wywieść tezę sformułowaną przez Odwołującego. Wprost przeciwnie, w piśmie z dnia 23 stycznia 2014 r. (uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego) znajduje się wprost stwierdzenie, iż wykonawca nie musi posiadać wpisu do ewidencji działalności gospodarczej.

Wykazane zostało natomiast przez Odwołującego to, że Zamawiający w sposób bezpodstawny i nie znajdujący oparcia w obowiązujących przepisach oczekiwał, odwołując się przy tym do pkt VI.2.2) SIWZ, od tego wykonawcy przedstawienia mu zgłoszenia VAT-R odnoszącego się do jednego z konsorcjantów. Powołana jednostka redakcyjna stanowiła powielenie przepisu § 3 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów i upoważniała Zamawiającego do żądania od wykonawców przedstawienia mu *„aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej*

*niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert*". Zamawiający w swym działaniu zdaje się nie zauważać tego, w jakim celu uprawniony jest do żądania określonych w tym zapisie dokumentów. Tymczasem wyraźnie wskazano tu, iż przywołane tam odpisy składane są w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem potwierdzenia, że oferent nie należy do grona wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, nie licząc przy tym tych wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Zgłoszenie VAT-R, którego oczekiwał Zamawiający, nie mieści się w katalogu dokumentów, które potwierdzać mają powołane okoliczności.

Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż katalog dokumentów podmiotowych określony przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów uznać można za katalog otwarty. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem, zamawiający, po pierwsze, na etapie badania i oceny oferty jest uprawniony do żądania od wykonawców tylko tych dokumentów, co do których zawarł żądanie w treści SIWZ, po drugie zaś, w samej SIWZ, na potwierdzenie warunków podmiotowych (spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp), może żądać tylko tych dokumentów, o których mowa w § 1-5 rozporządzenia w sprawie dokumentów (z uwzględnieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) – katalog ten jest bowiem zamknięty i zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców przedłożenia mu innych dokumentów lub oświadczeń, niż te, które zostały wskazane w powołanych przepisach.

W postępowaniu odwoławczym wykazane zostało, iż zgłoszenie VAT-R nie mieści się w katalogu dokumentów lub oświadczeń, których złożenia Zamawiający był uprawniony od wykonawców oczekiwać, a zatem nieuprawnionym było wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego, z uwagi na fakt nieprzedstawienia takiego zgłoszenia. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Na marginesie wskazać należy, iż gros argumentów, tak Odwołującego, jak Zamawiającego, przytoczonych w toku postępowania odwoławczego nie odnosiło się do istoty zarzutu, albowiem w kontekście zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt nieprzedstawienia przez niego zgłoszenia VAT-R nieistotnym był sposób rozliczania przez konsorcjum podatku VAT, czy też sposób obliczenia ceny zaoferowanej Zamawiającemu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....