

POSTANOWIENIE

z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

wobec cofnięcia w dniu **26 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 r.

przez wykonawcę: **Kancelaria Radców Prawnych C. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Obsługa prawna szpitala w zakresie prowadzonej działalności* (nr postępowania 91/EZP/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze z siedzibą w Zabrzu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Kancelarii Radców Prawnych C. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie kwoty 6750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu z siedzibą w Zabrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Obsługa prawna szpitala w zakresie prowadzonej działalności* (nr postępowania 91/EZP/14).

17 lipca 2014 r. ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 156269-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.sccs.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 473.088,00 zł, co stanowi równowartość 111.976,14 euro.

11 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Kancelarii Radców Prawnych C. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie {zwanej również dalej w skrócie „Kancelarią”} – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych „Akces” K. J., N. M.-I., A. Z., M. W. sp. p. z siedzibą w Katowicach.

14 sierpnia 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie {pismem z tej daty} do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu} od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niesłuszne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.
2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ z tego powodu, że Zamawiający wymagał dysponowania

maksymalnie 2 osobami spełniającymi wymogi postawione w SIWZ, a Odwołujący w wykazie osób złożonym na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wskazał 1 osobę spełniającą wymogi opisane w SIWZ oraz 6 osób wskazanych dodatkowo, co zostało wyraźnie zaznaczone w treści oferty, a według Zamawiającego potwierdza, że Odwołujący zaoferował wykonanie usługi w inny sposób, niż było to wymagane przez Zamawiającego.

4. Art. 7 ust. 1 w zwi. art. 26 ust. 3 i 4 – przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, względnie uzupełnienia wykazu usług, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości w zakresie usługi wykonywanej na rzecz Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, w szczególności w kwestii obsługi prawnej inwestycji polegającej na budowie szpitala.
5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dysponując osobą potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądania}:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, co – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – skutkowało odrzuceniem jego oferty.

I.

Odwołujący zrelacjonował, że warunkiem udziału w postępowaniu dla pakietu nr 1 było wykazanie, że Wykonawcy:

a. dysponują doświadczeniem zawodowym rozumianym jako:

a) wykonanie min. 2 usług bieżącej obsługi prawnej w podmiotach leczniczych w rodzaju leczenie szpitalne w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej o wartości minimum 300.000,- zł każda usługa, w tym: min. na rzecz 1 SP ZOZ, min. 1 na rzecz podmiotu będącego jednostką z sektora finansów publicznych realizującego inwestycję w postaci budowy szpitala świadczoną przez okres co najmniej 12 m-cy; usługa co najmniej 1 obsługi prawnej musi obejmować doradztwo w zakresie pomocy publicznej oraz prowadzenia badań klinicznych,

b) wykonanie min. 2 usług polegających na reprezentowaniu klienta (osoby fizycznej, osoby

prawnej lub jednostki nie posiadającej osobowości prawnej) w sprawach z zakresu zamówień publicznej przed Krajową Izbą Odwoławczą, wygranych przez klienta.

b. zapewniają minimum 1 osobę, a maksymalnie 2 osoby odpowiedzialną/e za świadczenie usług następujących uprawnień i kwalifikacjach:

a) wpis na listę radców prawnych /adwokatów (w przypadku wykonawców innych niż osoby fizyczne wpis na listę dotyczy wszystkich osób wskazanych jako osoby, które będą świadczyły usługi dla zamawiającego);

b) posiadanie od co najmniej 5 lat uprawnień adwokata lub radcy prawnego;

c) co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie bieżącej obsługi minimum 2 podmiotów leczniczych w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej tym min. 1 SP ZOZ w rodzaju leczenie szpitalne,

d) co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w zakresie obsługi procesu budowy obiektu budowlanego – szpitala, w jednostce sektora finansów publicznych

e) co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie bieżącej obsługi podmiotów leczniczych, których podmiotem tworzącym jest Minister Zdrowia

f) znajomość języka angielskiego pozwalająca na prowadzenie rozmów, negocjacji i sporządzanie dokumentów;

Odwołujący podał, że na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wskazał w ofercie m. in. usługę wykonywaną na rzecz Instytutu Reumatologii im. prof. Eleonory Reicher – podmiotu leczniczego utworzonego przez Radę Ministrów (uznając, że obsługa podmiotu utworzonego przez Radę Ministrów *w sferze kompetencji, posiadanej wiedzy i doświadczenia* jest porównywalna do obsługi prawnej podmiotu leczniczego, którego organem tworzącym jest Minister Zdrowia, który jako członek Rady Ministrów realizuje politykę ustaloną przez Radę Ministrów). Ponadto Odwołujący wskazał w ofercie inne podmioty lecznicze dla wykazania wieloletniego doświadczenia Kancelarii w obsłudze szeroko pojętego sektora zdrowia, w tym dla Szpitali: Grochowskiego, Praskiego, Czerniakowskiego, Wolskiego, im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, Tworowskiego oraz dla Samodzielnych Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej dla: Warszawy - Bemowa, Warszawy - Pragi Północ, Warszawy - Ursynowa, a także Instytutu Reumatologii, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, Ministerstwa Zdrowia czy też oddziału NFZ.

Zamawiający pismem z 28 lipca 2014 r. wezwał Odwołującego do: po pierwsze – uzupełnienia złożonej oferty, przez uzupełnienie wykazu o osobę, która posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie bieżącej obsługi podmiotu leczniczego, którego podmiotem tworzącym jest Minister Zdrowia oraz, po drugie – złożenia wyjaśnienia dotyczącego usługi świadczonej na rzecz Instytutu Reumatologii im. prof. Eleonory Reicher, m. in. *w jakim okresie (z datami dziennymi) usługa obsługi procesu budowy obiektu*

budowlanego była świadczona dla wskazanej w wykazie usług inwestycji budowy szpitala Instytutu Reumatologii im. prof. Reicher oraz proszę podać nazwę tej inwestycji i okres jej realizacji.

30 lipca 2014 r. w określonym terminie pisemne wyjaśnienia Kancelarii zostały złożone w siedzibie Zamawiającego osobiście przez pełnomocnika umocowanego, zgodnie z treścią pełnomocnictwa załączonego na str. 12 oferty, do „*składania w imieniu Wykonawcy, w toku Postępowania, wszelkich dokumentów, oświadczeń woli i wiedzy oraz dokonywania czynności przewidzianych przepisami oraz składania innych oświadczeń woli i wiedzy w związku z Postępowaniem w tym (...) składania wyjaśnień dotyczących treści oferty, składania wyjaśnień dotyczących oferty lub dokumentów oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz składaniem innych dokumentów przez Wykonawcę w związku z przedmiotowym postępowaniem.*

W treści pisma datowanego na 29 lipca 2014 r., w odpowiedzi na część pierwszą wezwania Zamawiającego do uzupełnienia oferty, Odwołujący złożył wykaz osób, uzupełniony o radcę prawnego B.a S.ego, który spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, opisane w pkt V.2.b SIWZ, tj. posiada: a) wpis na listę radców prawnych; b) 8 lat uprawnień radcy prawnego; c) 6 letnie doświadczenie w zakresie bieżącej obsługi minimum 2 podmiotów leczniczych w rozumieniu przepisu art. 4 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej, w tym min. 1 SP ZOZ w rodzaju leczenie szpitalne (Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy, Praktyka Lekarska Katarzyna Kobus-Błachnio, Szpital Czerniakowski SP ZOZ); d) co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w zakresie obsługi procesu budowy obiektu budowlanego - szpitala, w jednostce sektora finansów publicznych (Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie); e) co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie bieżącej obsługi podmiotów leczniczych, których podmiotem tworzącym jest Minister Zdrowia (Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Bydgoszczy); f) znajomość języka angielskiego pozwalająca na prowadzenie rozmów, negocjacji i sporządzanie dokumentów. Odwołujący dodał, że szczegółowe informacje potwierdzające spełnianie przez tę osobę ww. warunków zostały umieszczone w wykazie osób, stanowiącym załącznik do pisma Odwołującego z 29 lipca 2014 r.

W odpowiedzi na drugą część wezwania Odwołujący wyjaśnił, że usługa na rzecz Instytutu Reumatologii im. prof. Eleonory Reicher w Warszawie realizowana była przez Kancelarię od 30 czerwca 2011 r. do 25 czerwca 2014 r., a jej wartość wyniosła 423.120,00 zł brutto. W ramach ww. usługi Kancelaria świadczyła pomoc prawną w procesie inwestycyjnym dotyczącym modernizacji i rozbudowy ww. instytutu. Pomoc prawna objęła

swym zakresem przygotowanie inwestycji, jej przeprowadzenie oraz zastępstwo procesowe w sporach z wykonawcami robót.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił – odpowiadając na uwagi Zamawiającego o bezzasadności powoływania się na obsługę innych podmiotów niż wskazane w SIWZ – że wykaz osób złożony w ofercie miał na celu zaprezentowanie bogatego potencjału kadrowego, jakim dysponuje Kancelaria, w tym w zakresie świadczenia pomocy prawnej na rzecz licznych podmiotów świadczących usługi w sektorze zdrowia.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 11 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego została odrzucona, a Wykonawca wykluczony z udziału w postępowaniu ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję okolicznością, że radca prawny B. S. nie spełnia wymogu: *co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia w zakresie obsługi procesu budowy obiektu budowlanego - szpitala, w jednostce sektora finansów publicznych*. Zdaniem Zamawiającego z wykazu wynika, że inwestycje w Mazowieckim Specjalistycznym Centrum Zdrowia oraz w Szpitalu Tworowskim w Pruszkowie nie były budowlami szpitala; ponadto obsługa tej drugiej inwestycji nie trwała ponad 12 miesięcy (świadczona od 6.2014r.).

Ponadto zdaniem Zamawiającego *Pismo uzupełniające ofertę wraz z wykazem osób, które Wykonawca wskazał jako wyznaczone do realizacji usługi jest podpisane przez osobę nie posiadającą wykazanego umocowania do jego reprezentowania w postępowaniu, a zatem uzupełnienie należy uznać za nieskuteczne.*

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Odwołujący nie podziela poglądu, że usługa wykonywana przez niego na rzecz Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia nie spełnia wymogów opisanych w SIWZ *co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia w zakresie obsługi procesu budowy obiektu budowlanego - szpitala, w jednostce sektora finansów publicznych*, gdyż Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wskazał na „proces budowy”, a nie budowę – jak wskazuje w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego się. Pojęcie „proces budowy” nawiązuje wprost do definicji robót budowlanych z art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, przez które należy rozumieć *budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego*.

Takie same stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 220/09, w którym wskazała: *Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 8 ustawy Pzp „Ilekroć w ustawie jest mowa o robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze*

zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”. Tym samym, w zakresie oceny, czy dana robota (w omawianym przypadku modernizacja) jest zaliczana do robót budowlanych należy się kierować przepisami ustawy Prawo budowlane.

W związku z powyższym pojęcie „inwestycja w postaci budowy szpitala”, jakiej użył Zamawiający w SIWZ, nie odnosi się tylko do wniesienia zupełnie nowego budynku szpitala, lecz może obejmować także przebudowę istniejących pomieszczeń szpitala, czyli inwestycje budowlane, które w wykazie usług i wykazie osób wskazał Odwołujący.

Odwołujący dodał, że w wykazie świadczonych usług wymienił liczne inwestycje dla podmiotów z sektora zdrowia, które obsługiwał świadcząc dla nich pomoc prawną, w tym w zakresie obsługi „procesu budowlanego”, począwszy od przygotowania dokumentacji w postępowaniu administracyjnym, poprzez proces zamawiania dostaw i usług, koordynowania prac w ramach wykonywania robót budowlanych, aż po uzyskanie pozwoleń na użytkowanie, kończących proces budowy.

W piśmie z 28 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia oferty m. in. *w jakim okresie (z datami dziennymi) usługa obsługi procesu budowy obiektu budowlanego była świadczona dla wskazanej w wykazie usług inwestycji budowy szpitala Instytutu Reumatologii im. prof. Reicher oraz proszę podać nazwę tej inwestycji i okres jej realizacji.* Z treści zapytania Zamawiającego wynika jednoznacznie, że nie miał on wątpliwości co do tego, że wskazana przez Odwołującego się inwestycja stanowiła budowę – gdyby było inaczej, okoliczność ta stałaby się przedmiotem zapytania Zamawiającego, który jest zobligowany przepisami prawa do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z precyzyjnym sformułowaniem wątpliwości albo w razie uzupełnienia – niezgodności.

Odwołujący działając w zaufaniu do Zamawiającego i zgodnie z jego wezwaniem uzupełnił ofertę o wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy i informacje, nie wiedząc, że rzeczywiste wątpliwości Zamawiającego wzbudził opis inwestycji budowlanych. Dopiero w piśmie z 11 sierpnia 2014 r. Zamawiający wskazał na tę okoliczność, choć w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał zawężającej wykładni warunku udziału w postępowaniu i pozbawił go w ten sposób możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że przez podjęcie decyzji o wykluczeniu go z postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, polegającej na ograniczeniu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – co jest niedopuszczalne z mocy art. 38 ust. 4 pzp, gdyż zmiana została dokonana już po terminie składania ofert.

W wyroku z 29 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 747/14) Krajowa Izba Odwoławcza

wskazała: *Zamawiający na etapie oceny ofert nie może interpretować wymagań siwz wbrew literalnemu brzmieniu danego postanowienia specyfikacji. Ewentualna modyfikacja wymagań, bądź ich wyjaśnianie (celem usunięcia wątpliwości, co do danego warunku i celem obiektywnego ustalenia woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji) może nastąpić – zgodnie z przepisami ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – przed upływem terminu składania ofert. Rozszerzająca interpretacja postanowień specyfikacji – na etapie oceny ofert prowadziłaby w konsekwencji – bez względu na pobudki zamawiającego – do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust. 1 p.z.p.* Według Odwołującego powyższe potwierdza, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał oceny ofert z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Zdaniem Odwołującego ocena dokonana przez Zamawiającego, że *inwestycje w Mazowieckim Specjalistycznym Centrum Zdrowia oraz w Szpitalu Tworowskim w Pruszkowie nie były budowlami szpitala* – została dokonana bezpodstawnie i niezgodnie z faktami. Zamawiający mając w tym zakresie wątpliwości powinien zwrócić się do Odwołującego o złożenie w tym zakresie lub przedłożenie stosownych dokumentów – czego nie uczynił, naruszając w ten sposób art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, lecz zakres wezwania ograniczył się tylko do usługi wykonywanej na rzecz Instytutu Reumatologii. W toku postępowania Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie usługi wykonanej na rzecz Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie. Skoro Zamawiający miał wątpliwości co do spełniania przez tą usługę warunku opisanego w SIWZ, powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień, względnie do uzupełnienia wykazu usług – czego nie uczynił. Natomiast w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający, zupełnie bezpodstawnie uznaje, że usługa ta nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że arbitralna interpretacja nazw inwestycji budowlanych, obsługiwanych przez Odwołującego się, nie ma uzasadnienia, biorąc pod uwagę fakt, że rozstrzygające w tym przedmiocie są decyzje administracyjne, z których wynika dozwolony prawem zakres prac budowlanych. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć *wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*. Natomiast w świetle przepisu art. 2 pkt 8 ustawy pzp pod pojęciem roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Odwołujący podniósł, że z decyzji o zatwierdzeniu

projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę nr 176/PR/09 wydanej przez Starostę Pruszkowskiego 27 kwietnia 2009 r. wynika, że dotyczyła ona *remontu, rozbudowy i przebudowy budynku (...)*. Decyzja ta została przeniesiona na Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza decyzją Starosty Pruszkowskiego nr 120/PR/11 z 26 kwietnia 2011 r. również ze wskazaniem, że dotyczy: *remontu, rozbudowy i przebudowy budynku nr 11 i 17 – Pawilon VII z przeznaczeniem na Oddziały Ogólnopsychiatryczne oraz Centrum Radiologii (...)*. Według Odwołującego z powyższych decyzji jednoznacznie wynika, że inwestycja prowadzona w Mazowieckim Specjalistycznym Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza stanowiła budowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane oraz była to budowa szpitala, a jednocześnie była to robota budowlana w rozumieniu ustawy pzp.

Co do okresu świadczenia przez Odwołującego obsługi tego procesu budowlanego, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający niezgodnie z faktami uzasadnił w piśmie z 11 sierpnia 2014 r., że *obsługa tej drugiej inwestycji nie trwała ponad 12 miesięcy*. Zdaniem jednoznacznie wykazał w ofercie (w wykazie usług), że obsługa procesu budowlanego trwa od czerwca 2013 r., czyli od początku realizacji usługi na rzecz Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie. Natomiast w wykazie osób złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nastąpiła pomyłka, gdyż obsługa prawna drugiej inwestycji budowlanej wskazanej w ww. wykazie przy Mazowieckim Specjalistycznym Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza była realizowana od czerwca 2013 r., a nie, jak przez pomyłkę wskazano w wykazie osób, od czerwca 2014 r. W ocenie Odwołującego okoliczności te jednoznacznie wskazują na fakt, że spełnia warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu, dotyczący *co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia w zakresie obsługi procesu budowy obiektu budowlanego - szpitala, w jednostce sektora finansów publicznych*

Odwołujący podniósł, że pojawienie się wszelkich nieścisłości w postanowieniach SIWZ nie może obciążać w żaden sposób wykonawcy, co stanowi pogląd ukształtowany w szczególności przez linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrok z 10 stycznia 2014r. (sygn. akt KIO 2862/13): *To Zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być zaprezentowane w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy na obecnym etapie wybrać ten sposób interpretacji, który jest*

korzystniejszy dla wykonawcy. Jeżeli Zamawiający tak ustanowił warunki, że nie jest możliwe sprawdzenie poziomu ich spełniania przez poszczególnych wykonawców, lub co najmniej jest to wysoce utrudnione, to za powyższe odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Wyrok z 7 marca 2013r. (sygn. akt: KIO 392/13, KIO 393/13): Izba zauważa, że precyzyjne określenie wymagań jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania (jak również później sza realizację zamówienia) i musi być jasno określona w ogłoszeniu i SIWZ, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ tworzona jest po to, aby Zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. SIWZ jest jednym z podstawowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający nie może wykluczyć takiego wykonawcy. Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w SIWZ w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez Zamawiającego SIWZ wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie może również obowiązku sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów SIWZ przerzucać na wykonawców

Odwołujący podsumował, że w związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że wszelkie niejasności zawarte w postanowieniach SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. W tym przypadku – z uwagi na brak zdefiniowania przez Zamawiającego pojęcia „proces budowy” – na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy przyjąć, że jest on tożsamy z definicją „robót budowlanych”, przewidzianych przepisem art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane i obejmuje on nie tylko budowę, ale również rozbudowę obiektu budowlanego, którego proces obsługiwał Odwołujący się choćby w Mazowieckim Specjalistycznym Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie.

II.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp Odwołujący podniósł, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie wskazał konkretnego postanowienia SIWZ, które potwierdziłoby, że oferta Odwołującego

nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający w ww. zawiadomieniu poinformował, że Odwołujący zaoferował wykonanie usługi w inny sposób niż było to wymagane przez Zamawiającego, przez wskazanie w wykazie osób zbyt dużej ilości osób. Zamawiający żądał wykazania w wykazie osób maksymalnie 2 osób spełniających wymogi postawione w SIWZ, które będą realizowały zamówienie, a Odwołujący w wykazie osób złożonym na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wskazał 1 osobę spełniającą wymogi opisane w SIWZ, która miała realizować zamówienie oraz 6 osób wskazanych dodatkowo, co zostało wyraźnie zaznaczone w treści oferty.

Odwołujący stwierdził, że jego intencją było zaprezentowanie Zamawiającemu bogatego potencjału kadrowego, posiadającego doświadczenie w obsłudze podmiotów prowadzących działalność leczniczą, jakim dysponuje Kancelaria – co w ocenie Odwołującego nie czyni treści oferty niezgodnej z treścią SIWZ, w szczególności, że w wykazie tym została wskazana osoba spełniająca wymogi zamawiającego, która była dedykowana do realizacji tego zamówienia.

Odwołujący powołał się na to, że w wyroku z 28 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 757/14) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: *Odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. następuje jedynie w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi określoną merytoryczną i istotną sprzeczność oferty wykonawcy z treścią SIWZ, a więc niezgodność co do przedmiotu przeszłego świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia, opisany w postanowieniach SIWZ.* Zdaniem Odwołującego oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu nie można mówić o niezgodności treści jego oferty z postanowieniami SIWZ.

III.

Odwołujący podniósł, że okoliczności wskazane w treści odwołania potwierdzają także, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, naruszając tym samym zasady udzielania zamówień określone w ustawie pzp, w tym, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

26 sierpnia 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

I. {odnośnie niewykazania warunków udziału w postępowaniu}

Zamawiający podniósł, że żadna z osób wskazanych przez Odwołującego w ofercie nie spełniała wymogów SIWZ, a w szczególności żadna z osób nie spełniała wymaganego 3-letniego doświadczenia w zakresie bieżącej obsługi podmiotów leczniczych, których podmiotem tworzącym jest Minister Zdrowia. Nie ma wątpliwości, że Rada Ministrów to zupełnie inny i odrębny organ niż Minister Zdrowia, z innymi kompetencjami, uprawnieniami

oraz odmienną strukturą organizacyjną. Natomiast bez znaczenia na etapie oceny spełniania przez Odwołującego warunków odziała w postępowaniu jest opinia Odwołującego, który uważa, że obsługa podmiotu, którego organem tworzącym jest Rada Ministrów jest porównywalna do obsługi podmiotu, którego organem tworzącym jest Minister Zdrowia. Taka opinia Odwołującego mogłaby być: ewentualnie brana pod uwagę na etapie zapytań i wyjaśnień treści SIWZ. Natomiast skoro Zamawiający żądał doświadczenia w wykonaniu usługi dla konkretnie określonego podmiotu, to wykonawca nie może zamiast tego wykazywać się doświadczeniem w jego ocenie porównywalnym.

W takiej sytuacji Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty.

Odwołujący w uzupełnieniu swojej oferty wskazał jedną z osób, która posiadała wymagane doświadczenie w obsłudze podmiotów leczniczych, dla których organem tworzącym jest Minister Zdrowia tj. radcę prawnego B.a S.ego, jednakże osoba ta nie spełniała z kolei wymogu co najmniej 12-sło miesięcznego doświadczenia w zakresie obsługi procesu budowlanego w jednostce sektora finansów publicznych. Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z interpretacją Odwołującego jakoby pojęcie „proces budowy obiektu budowlanego - szpitala” nawiązywało wprost do art 3 pkt 7 Prawa budowlanego, czyli do definicji robot budowlanych. Pojęcie nawiązuje bowiem wprost do art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, który definiuje budowę (należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego).

Zamawiający oświadczył, że gdyby miał na myśli jakiegokolwiek roboty budowlane to napisałby o robotach budowlanych prowadzonych na terenie szpitala, a nie o budowie szpitala.

Zdaniem Zamawiającego cytowany przez odwołującego wyrok Izby z dnia 9 marca 2009 r. w ogóle nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż Zamawiający nigdzie nie posłużył się pojęciem robót budowlanych (wyrok dotyczy rozumienia pojęcia „robót budowlanych”, a nie pojęcia „budowy”).

W opinii Zamawiającego szczególnie dla prawnika powinna być jasna różnica pomiędzy „robotami budowlanymi” a „budową”. Dla oceny, czy dana, inwestycja jest budową nie ma znaczenia treść pozwolenia na budowę, gdyż jest ono wydawane dla całej inwestycji, której realizacja może być podzielona na części. Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że w odniesieniu do inwestycji wykazanej przez Odwołującego (tj. *Przystosowanie byłego budynku gospodarczo-technicznego na cele medyczne (etap I) – utworzenie Centrum Radiologii oraz Oddziału VIIA Ogólnopsychiatrycznego wraz z zakupem aparatury medycznej w Szpitalu Tworowski w Pruszkowie*) zostały zawarte dwie umowy z firmą Polbud S.A. Pierwsza została zawarta w 2011 r. w wyniku przetargu

na Zadanie nr 1 – roboty ogólnobudowlane związane z realizacją projektu: „Przystosowanie byłego budynku gospodarczo-technicznego na cele medyczne (etap I) – utworzenie Centrum Radiologii oraz Oddziału VIIA Ogólnopsychiatrycznego wraz z zakupem aparatury medycznej w Szpitalu Tworzkowskim w Pruszkowie” oraz druga, w 2012 r., zawarta z wolnej ręki na „Roboty konstrukcyjne, rozbiórkowe i elewacyjne wynikające z istniejącego stanu technicznego budynku, który ujawnił się po wykonaniu robót rozbiórkowych i skuciu tynków i od których wykonania uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego tj.(...). Przy czym żadne z tych zamówień nie jest realizowane od 1.07.2013 r., jak to podał Odwołujący w swojej ofercie. A ponadto zdaniem Zamawiającego przystosowanie budynku gospodarczo-technicznego na cele medyczne czy kompleksowa modernizacja oddziału nie jest wykonaniem, rozbudową czy nadbudową budynku szpitala.

Zamawiający podsumował, że wobec powyższego był zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

II. {odnośnie nieodpowiadania oferty treści SIWZ}

Zamawiający podniósł, że opisał w SIWZ w jaki sposób ma być wykonywana przez wykonawcę usługa obsługi prawnej. Natomiast nie interesował go potencjał osobowy wykonawcy, czy jest on duży czy mały. Zamawiający wymagał, aby usługi świadczyły mu stale te same osoby, maksymalnie dwie, które spełniać będą wymogi SIWZ (pkt II.2 SIWZ: *wyznaczenie co najmniej 1 osoby, a maksymalnie 2 spełniającą/spełniające wymogi wynikające ze specyfikacji do wykonywania zadań wynikających z przedmiotu zamówienia, w szczególności osoba/osoby te będą odbywać dyżury u Zamawiającego (przypadku dwóch osób wymagana jest jednoczasowa obecność) zgodnie z wymogami SIWZ; zmiana tej osoby/osób wymagać będzie zgody zamawiającego*).

Tymczasem Odwołujący wskazał w ofercie więcej niż 2 osoby do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. a co za tym idzie zaproponował inny sposób realizacji usługi niż wymagał tego Zamawiający. Według Zamawiającego nie sposób się zgodzić z interpretacją Odwołującego jakoby wskazanie w wykazie większej liczby osób miało na celu *zaprezentowanie Zamawiającemu bogatego potencjału kadrowego*, a wskazano jedną osobą spełniającą wymogi SIWZ (radcę prawnego B.S.), który był dedykowany do realizacji zamówienia. Taka obecna interpretacja jest sprzeczna ze złożonymi w ofercie oświadczeniami Odwołującego, gdyż:

- w piśmie uzupełniającym ofertę Odwołujący oświadczył, że radca prawny B. S. będzie brał udział w realizacji zamówienia (a nie, że będzie je samodzielnie wykonywał) oraz, że pozostałe wskazane w wykazie osoby także będą brały udział w realizacji zamówienia;
- pod tabelą z wykazem osób biorących udział w realizacji zamówienia Odwołujący oświadczył, że *oprócz osób wskazanych w powyższym wykazie w realizacji zamówienia w*

razie wyboru oferty Kancelarii jako najkorzystniejszej będą brały udział także inne osoby stale współpracujące z Kancelarią,

– w obu tabelach (pierwszej złożonej w ofercie i drugiej złożonej w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) Odwołujący przy każdej z wymienionych w tabeli osób, wskazując zakres wykonywanych przez te osoby czynności, oświadczył, że każda z tych osób będzie wykonywać wszystkie czynności, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 1.

Zamawiający podsumował, że z powyższego wyraźnie wynika, że wymagał, aby obsługę prawną świadczyły maksymalnie dwie osoby, a Odwołujący zaoferował świadczenie jej przez nigdzie nieokreśloną w ofercie liczbę osób, z całą pewnością jednak większą niż dwie.

Z ostrożności Zamawiający dodał, że skontaktował się z radcą prawnym B. S. i zapytał, czy faktycznie będzie on osobą, która będzie świadczyła obsługę prawną dla Zamawiającego, w szczególności przyjeżdżała dwa razy w tygodniu na całodienne dyżury do siedziby Zamawiającego. W rozmowie telefonicznej (z której Zamawiający sporządził notatkę służbową) radca prawny B. S. oświadczył, że nie jest i nie będzie w stanie być taką osobą, a w szczególności nie będzie w stanie przyjeżdżać na dyżury czy pilnie w razie takiej potrzeby Zamawiającego,

Zamawiający podsumował, że wobec powyższego zobowiązany był odrzucić ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ.

14 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną informację o wniesieniu odwołania oraz jego kopię pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

19 sierpnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 18 sierpnia 2014 r., zawierające zgłoszenie przez Kancelarię Radców Prawnych „Akces” K. J., N. M.-I., A. Z., M. W. sp. p. z siedzibą w Katowicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec niedochowania 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Izby od otrzymania kopii odwołania, który upłynął 18 sierpnia 2014 r. oraz przy spełnieniu wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania – Izba stwierdziła, że w świetle art. 185 ust. 2 pzp przystąpienie należy uznać za bezskuteczne.

26 sierpnia 2014 r. wpłynęło do Izby {o godz. 16:49} pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp cofa odwołanie wniesione 14 sierpnia 2014 r. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez

Zamawiającego.

Oświadczenie zostało podpisane przez partnera, upoważnionego – zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Nr KRS 0000216184 z 14 sierpnia 2014 r. – do samodzielnej reprezentacji Kancelarii Radców Prawnych C. i Partnerzy sp. p. z siedzibą w Warszawie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący skutecznie wycofał 26 sierpnia 2014 r. przed otwarciem rozprawy uprzednio wniesione odwołanie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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: