

Sygn. akt: KIO 1009/22

WYROK
z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez **wykonawcę SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale **wykonawcy CYFROWE SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania wykonawcy SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie z dnia 5 kwietnia 2022 r. do zmiany/uzupełnienia wykazu usług.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia”*, nr postępowania: WAG- ZP.261.2.2022.. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lutego 2022 r., za numerem 2022/BZP 00049805.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wezwania Wykonawcy z dnia 5 kwietnia 2022 r. do zmiany/uzupełnienia poz. 1 wykazu usług.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 6 ustawy pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do złożenia oświadczenia wykonawcy składanego w oparciu o art. 125 ustawy pzp, mimo że składając wyjaśnienia w dniu 25 marca 2022 r. Odwołujący potwierdził spełnianie przez poz. 1 z wykazu warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 kwietnia 2022 r. oraz dalszego badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 marca 2022 r. nie był uprawniony do żądania przedstawienia w odniesieniu do wykazu usług jakichkolwiek dowodów. Zaznaczył, że w treści art. 128 ust. 4 ustawy pzp wyraźnie zaznaczono, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ponadto

w ust. 6 przepisu określono, iż Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Odwołujący podniósł dalej, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. w § 9 ust. 1 pkt 2 reguluje jednoznacznie, że w zakresie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych Zamawiający może żądać jedynie wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Tym samym jedyne dowody jakich mógł żądać Zamawiający dotyczyć mogą tylko i wyłącznie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie dopiero w procedurze składania podmiotowych środków dowodowych. W tym zakresie Wykonawca gotowy jest do przedstawienia dowodów potwierdzających tylko i wyłącznie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazał dalej, że w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 412/22 Zamawiający stwierdził: *„Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej. Istotą tej usługi, zgodnie z potrzebą Zamawiającego, są połączenia telekomunikacyjne realizowane przez operatora telekomunikacyjnego, w szczególności połączenia telefoniczne (głosowe) zarówno wewnętrzne pomiędzy pracownikami Zamawiającego pracującymi w różnych lokalizacjach jak i zewnętrzne krajowe i zagraniczne, świadczone kompleksowo wraz z serwisami informacyjnymi, liniami informacyjnymi, połączenia z biurami numerów, z prezentacja*

numerów w naliczaniu sekundowym oraz usług faksowych i wideo. Związane z tym zamówieniem instalacja i obsługa centrali telefonicznej oraz konsoli operatorskiej mają charakter uzupełniający usługi świadczenia połączeń telekomunikacyjnych (głosowych). Z tego względu Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez Wykonawcę doświadczenia, wymaga posiadania doświadczenia w realizacji usług telekomunikacyjnych, jako usługi tożsamej do udzielanej.”

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ustanawiając warunek udziału w postępowaniu uznał, że jedynym parametrem usługi istotnym z jego punktu widzenia jest wartość usługi. Wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś Wykonawca oświadczył, iż wskazana usługa jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. Gdyby Zamawiający uznał za istotną ocenę ilości lokalizacji klienta, ilości numerów telefonów, parametrów technicznych łączy i innych wymienionych w treści wezwania to elementy takie wprowadziłyby do treści warunku żądając wykazania się usługą spełniającą jakieś nieopisane w treści SWZ parametry. W ocenie Wykonawcy żądania wskazane w wezwaniu w zakresie żądania dowodów jak i zaskarżone wezwanie (w zakresie jakim Zamawiający wskazuje na bliżej nieokreślone wątpliwości) nie znajdują podstaw prawnych w treści przepisów pzp czy też w treści warunków opisanych w SWZ. Zamawiający żądał w ramach warunku tożsamości świadczonej usługi oraz wartości i oba te elementy zostały wskazane w oświadczeniu z art. 125 ustawy pzp, a następnie potwierdzone w złożonych wyjaśnieniach, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W oświadczeniu z art. 125 ust. 1 złożonym przez Odwołującego (z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień) nie ulega wątpliwości spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli Zamawiający chciał otrzymać dowody związane z realizacją opisaną w poz. 1 oświadczenia to winien wezwać Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia poz. 1 wykazu w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp nie wskazał w żaden sposób jakie wątpliwości Zamawiającego nie zostały rozwiane. Zamawiający w ocenie Odwołującego na obecnym etapie postępowania próbuje obejść przepisy ustawy pzp w zakresie możliwych do żądania dokumentów od wykonawcy, mimo że nie podjął samodzielnie jakichkolwiek czynności celem wyjaśnienia poz. 1 wykazu w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 28 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca CYFROWE SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowód złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu – artykuł dotyczący art. 128 ust. 1 ustawy pzp.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt IV SWZ: Opis przedmiotu zamówienia: „1. *Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi telefonicznej na rzecz Zamawiającego w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawy central telefonicznych (serwerów telekomunikacyjnych), instalacji i parametryzacji infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia serwisu, zwanych dalej "usługami", na zasadach oraz zgodnie z warunkami określonymi w następujących załącznikach do umowy: a) załączniku nr 1 – Przedmiot zamówienia: Świadczenie usług telefonicznych z dzierżawą serwerów telekomunikacyjnych (central telefonicznych), obsługą i serwisem dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, b) załączniku nr 2 – Opis wymagań, funkcjonalności i parametrów technicznych serwerów telekomunikacyjnych, c) załączniku nr 3 – Obsługa i serwis Zamawiającego, d) załączniku nr 4 – Formularz ofertowy - kalkulacja cenowa, e) załączniku nr 5 – Schemat połączeń f) załączniku nr 6 – Umowa o zachowaniu poufności. g) Załączniku nr 7 – Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ.*”

W myśl pkt XI SWZ: OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY: „(...) 2. *Elektroniczna oferta musi zawierać następujące dokumenty: 5) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 3).*”

Zgodnie z pkt XV SWZ: WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „(...) 2. *Zamawiający stawia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należycie zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi*

telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia – na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda.”

W myśl pkt XVI SWZ: INFORMACJA O PODMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH:
„1. Do Oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert następujące oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. 1) Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu – Załącznik nr 3 do specyfikacji wraz z wykazem usług (...) 4. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy będzie wzywać Wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej do złożenia na platformie zakupowej w terminie nie krótszym niż 5 dni od daty przekazania wezwania aktualnych na dzień złożenia poniżej wskazanych podmiotowych środków dowodowych: (...) 3) Referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy, potwierdzające, że usługi zamieszczone w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych dowodami są referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres ten liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert.”

Odwołujący złożył wraz z ofertą: Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, w którym oświadczył: „Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia” – WAG-ZP.261.2.2022, prowadzonego przez Wielkopolski OW NFZ w Poznaniu oświadczam, co następuje: INFORMACJA DOTYCZĄCA WYKONAWCY: Oświadczam, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w rozdziale XVI Specyfikacji Warunków Zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu”, tj: 1. został wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie działalności: świadczenie usług telekomunikacyjnych, na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1954, z późn. zm.) i art. 64 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (j.t. t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.). o numerze 9200 z dnia 19.06.2012. 2. spełnia warunek posiadania doświadczenia

w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należycie zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia – na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda.”

Odwołujący załączył Tabelę: „Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”, w której wskazał dwie pozycje, w tym w poz. 1 wskazał m.in.: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze Świadczeniem usług bieżącego serwisu.”

Pismem z dnia 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy pzp wskazując: „Badanie wykazu usług Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy wskazana w wierszu pierwszym wykazu usług - Oświadczenia Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” stanowi usługę w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający zwraca się o przedstawienie wyjaśnień wraz dowodami w zakresie realizacji wykazanej, badanej usługi ze wskazaniem: a) wykazu lokalizacji klienta, b) wskazania ilości klientów (ilości numerów telefonów) sumarycznie i per lokalizacja, c) wykazu i parametrów technicznych łączy dostarczonych przez oferenta dla klienta per jego lokalizacje d) wykazu i ilości dostarczonego sprzętu per lokalizacja, e) wykazu i ilości dostarczonego oprogramowania per lokalizacja, f) wykazu i ilości dostarczonych licencji per lokalizacja, g) informacji na temat warunków serwisowych z jakimi oferent obsługuje klienta (czasy reakcji, usunięcia awarii). Uzasadnienie W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należycie zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia – na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda. Podstawa prawna i pouczenie Podstawą żądania jest art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie złożenie wyjaśnienia lub złożenie wyjaśnienia,

które nie będzie wykazywać spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Pismem z dnia 25 marca 2022 r. Odwołujący zakwestionował zasadność ww. wezwania oraz wskazał: „Wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, zaś Wykonawca oświadcza, iż wskazana usługa jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. (...) Zamawiający żądał w ramach warunku tożsamości świadczonej usługi oraz wartości i oba te elementy zostały wskazane w oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

Pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do zmiany/uzupełnienia wykazu usług wskazując: „Zamawiający zwraca się o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług, zamieszczonego w Ofercie w Załączniku - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp), DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu”. Uzasadnienie. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu: „W niniejszym postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należycie zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia — na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda.” (rozdział XV, pkt 2 swz). Przedmiot zamówienia wskazany w pozycji pierwszej wykazu usług, zamieszczony w Ofercie w Załączniku - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych DOTYCZĄCE SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do tożsamości przedmiotu zamówienia określonego w wierszu pierwszym tabeli do przedmiotu niniejszego zamówienia i w związku z tym zwrócił się do Wykonawcy w dniu 22.03.2022 r. o

wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Wykonawca nie wyjaśnił tych wątpliwości w odpowiedzi z dnia 25.03.2022 r. W związku z tym Zamawiający wnosi o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług. Podstawa prawna i pouczenie Wezwanie jest kierowane podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Pzp). W przypadku nie dokonania przez Wykonawcę zmiany/uzupełnienia wykazu usług złożonego wraz z ofertą, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) — Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Artykuł 125 ustawy pzp stanowi: „1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. (...) 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp: „1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.”

W myśl art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy pzp: „1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...) 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. 5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art.

125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. (...)”

Artykuł 273 ustawy pzp stanowi: „1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. 2. W trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.”

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

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415): „§ 9 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości wezwania Odwołującego z dnia 5 kwietnia 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do zmiany/uzupełnienia wykazu usług zawartego w oświadczeniu Wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp. W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego była nieprawidłowa z kilku powodów.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, jak słusznie podnosił Odwołujący, że oświadczenie składane wraz z ofertą na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp stanowi oświadczenie wstępne wykonawcy, tymczasowo potwierdzające m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jak stanowi art. 125 ust. 3 ustawy pzp: *„Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.”* W przypadku procedury zwykłej dokonywania kwalifikacji podmiotowej zamawiający bada w pierwszej kolejności oświadczenia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, następnie dokonuje badania i oceny ofert, a na końcu wzywa do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, w celu potwierdzenia informacji zawartych w oświadczeniu. (tak też: J. Jarnicka [w:] red. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2022, Legalis). W przypadku zamówień poniżej progów unijnych oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp będzie polegało w zasadzie na złożeniu ogólnego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Niewątpliwie, jeśli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp bądź złożone oświadczenie jest niekompletne, czy też zawiera błędy zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp). Podmiotowymi środkami dowodowymi, o których złożenie zamawiający wzywa wykonawcę najwyżej ocenionego są m.in. zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415) wykaz usług wraz z dowodami należytego wykonania.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą m.in. oświadczenia z art. 125 ust. 1

ustawy pzp oraz wykazu usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła poz. 1 wykazu złożonego przez Odwołującego, dlatego też Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, a następnie o zmianę/uzupełnienie poz. 1 wykazu. W ocenie Izby na etapie wstępnego badania wykonawców, Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w sposób wystarczający. Odwołujący złożył bowiem wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ponownie oświadczył, że warunki te spełnia oraz wskazał, że usługa z poz. 1 wykazu usług „*jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający.*” Wobec powyższego wezwanie Odwołującego do zmiany bądź uzupełnienia wykazu usług należało na tym etapie postępowania uznać za nieprawidłowe. Zamawiający powinien przyjąć oświadczenie wstępne Wykonawcy (tymczasowo zastępujące podmiotowe środki dowodowe), a następnie po badaniu i ocenie ofert wezwać wykonawcę najwyższej ocenionego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych (w tym przypadku dowodów, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie). Jak już zostało podkreślone, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wykaz usług wraz z dowodami należytego wykonania stanowią właśnie podmiotowe środki dowodowe, na podstawie których, badanych łącznie, zamawiający stwierdza czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i tym samym czy oświadczenie wstępne wykonawcy potwierdziło się. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający niezasadnie na etapie wstępnego badania oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy pzp rozpoczął szczegółowe badanie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu bez ustalenia czy jest to Wykonawca najwyższej oceniony, bez wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, odnosząc się wyłącznie do wykazu usług. Zauważyć należy dalej, że badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób niepełny może prowadzić do zaburzenia zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, co do tych samych dokumentów i oświadczeń. Niewątpliwie, badając oddzielnie oświadczenie z wykazu usług i odrębnie dowody należytej realizacji usług wskazanych w wykazie, w sytuacji gdy Odwołujący dokonałby zmiany poz. 1 wykazu na wezwanie Zamawiającego, a następnie złożone przez Wykonawcę referencje nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu – należytej realizacji usługi – Zamawiający nie mógłby wezwać Wykonawcy ponownie do zmiany/uzupełnienia wykazu usług. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że dyspozycja art. 128 ust. 1 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu skierowanie wezwania,

niemniej jednak wyłącznie w sytuacji gdy wezwanie to jest konieczne i uzasadnione. Podkreślenia bowiem wymaga, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 kwietnia 2022 r. nie wskazał, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a jedynie że Zamawiający ma w tym zakresie wątpliwości. Izba zauważyła, że aby zamawiający był uprawniony wezwać wykonawcę do uzupełnienia/zmiany referencyjnej usługi w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp musi ustalić, że złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji wezwanie byłoby prawidłowe, z zastrzeżeniem że badanie powinno dotyczyć łącznie podmiotowych środków dowodowych – wykazu usług i referencji złożonych przez wykonawcę najwyższej ocenionego. Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie w wezwaniu, że warunków udziału Wykonawca nie spełnił, a jednocześnie wskazał, że nieuzupełnienie wykazu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp. Na etapie badania wstępnych oświadczeń ani Zamawiający ani również Izba, bez szczegółowego badania przeprowadzonego na podstawie podmiotowych środków dowodowych – wykazu usług i referencji – nie mogła przesądzić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy nie, a jedynie mogła opierać się na oświadczeniu Wykonawcy, że wstępnie warunki te spełnia.

Odnosząc się do złożonego przez Zamawiającego dowodu – artykułu prasowego – Izba potraktowała twierdzenia zawarte w dowodzie jako stanowisko procesowe Zamawiającego, gdyż wyraża wyłącznie opinię Autora artykułu, którą jak uznała Izba Zamawiający podziela. Z artykułu wynika, iż z oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp musi bezwzględnie wynikać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby oświadczenie złożone przez Odwołującego wraz z ofertą jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień potwierdza wstępnie, że Wykonawca warunek udziału w postępowaniu spełnia. Jak już wskazano, szczegółowa weryfikacja w tym zakresie powinna odbywać się w oparciu o podmiotowe środki dowodowe badane łącznie – wykaz usług oraz referencje - złożone przez wykonawcę najwyższej ocenionego.

Dlatego też Izba uznała, że wezwanie z dnia 5 kwietnia 2022 r. było nieuzasadnione i nieprawidłowe, a Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp i ww. Rozporządzenia podniesione w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: