

Sygn. akt: KIO 1752/19

WYROK
z dnia 1 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 roku przez wykonawcę PZU Zdrowie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale wykonawcy MegaMed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bełchatowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1752/19 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PZU Zdrowie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawcę PZU Zdrowie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy PZU Zdrowie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Belchatowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenia medyczne na lata 2020-2030 dla PGE GiEK S.A.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2019 roku pod numerem 348479.

9 września 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności i zaniechań Zamawiającego – polegających na udzieleniu w dniu 30 sierpnia 2019 roku odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zaniechaniu dokonania zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nieprzedłużeniu terminu składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp przez użycie w opublikowanej odpowiedzi na pytanie nr 29 nieprecyzyjnych sformułowań, które mogą być różnie rozumiane, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, a dodatkowo przez naruszenie w wyniku tego działania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) przepisu art. 38 ust. 6 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 41, w której Zamawiający zmienił treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie wymogu posiadania kontraktu z NFZ przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej wystawiającego skierowania ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy, bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu;
- 3) przepisu art. 38 ust. 6 przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 13, 16, 32, w których Zamawiający zmienił treść SIWZ bez jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu;
- 4) przepisu art. 38 ust. 6 Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 20, 25, 28, 29, 30 w których Zamawiający przekazał wykonawcom informacje kluczowe z punktu

widzenia prawidłowego skalkulowania oferty bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu,

- 5) w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 2-4 powyżej - naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności otwarcia ofert przez Zamawiającego; zmiany postanowień treści SIWZ przez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą Pzp, w szczególności przez:

- precyzyjne sformułowanie wymagań obejmujących obowiązek zapewnienia pomieszczeń niezbędnych do wykonywania przedmiotu zamówienia w poszczególnych lokalizacjach, w szczególności poprzez udzielenie Wykonawcom wyczerpującej informacji w zakresie dysponowania przez Zamawiającego w poszczególnych lokalizacjach pomieszczeniami, możliwością korzystania przez Wykonawców z rzeczonych pomieszczeń przy realizowaniu zamówienia, w tym poprzez przedstawienie ewentualnych warunków najmu lub dzierżawy,
- zmianę części V pkt 4.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *Wystawianie skierowań ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy na potrzeby pracowników KWB Turów przez wyznaczonego lekarza podstawowej opieki zdrowotnej,*
- ustalenie nowego, umożliwiającego prawidłowe skalkulowanie oferty terminu składania ofert.

Odwołujący wskazali, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem odwołujący zamierzał wziąć udział w Postępowaniu oraz złożyć ważną ofertę. Wskutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący nie miał możliwości prawidłowego skalkulowania, sporządzenia, a następnie złożenia oferty. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych powyżej przepisów Pzp Odwołujący poniósł koszty związane z pracami nad przygotowaniem ważnej oferty w Postępowaniu, a ostatecznie wobec braku możliwości jej złożenia, będącej skutkiem czynności i zaniechań Zamawiającego, został pozbawiony potencjalnej możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W judykaturze i piśmiennictwie należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii

orzecniczej jest chociażby stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27.05.2010 r., 111 CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż: „Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku”. Z kolei w wyroku z 11.07.2011 r., KIO 1389/11: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.” Źródłem szerokiej interpretacji omawianej materialnoprawnej przesłanki odwołania jest art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Odwołujący podał następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 19 lipca 2019 roku (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenia medyczne na lata 2020- 2030 dla PGE GiEK S.A.” nr postępowania POST/GEK/GEK/PMR-CSS/04458/2019.

Dowód: akta postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn. „Świadczenia medyczne na lata 2020-2030 dla PGE GiEK S.A.” nr postępowania POST/GEK/GEK/PMR-CSS/04458/2019

Z uwagi na nieścisłości i wątpliwości wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia Wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2019 roku pismem nr PM/PMR.29-04458/2019.3389 udzielił odpowiedzi na poszczególne pytania Wykonawców oraz dokonał częściowej zmiany treści SIWZ.

Dowód: Pismo Zamawiającego nr PM/PMR.29-04458/2019.3389 z dnia 30 sierpnia 2019 roku - w aktach Postępowania

W dniu 5 sierpnia 2019 roku o godzinie 12:00 upływał termin składania ofert w Postępowaniu. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówieni kwotę 80.000.000,00 zł. W Postępowaniu ofertę

złożył tylko jeden Wykonawca, tj. MegaMed sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie. Wartość oferty wynosiła 82.463.338,00 zł, a czas oczekiwania na specjalistyczne badania wynosił 21 dni.

Dowód: Pismo Zamawiającego nr PM/PMR.29-04458/2019.3493 z dnia 6 września 2019 roku - w aktach Postępowania

Odwołujący podał, że z uwagi na opisane poniżej w pkt II uzasadnienie czynności i zaniechania Zamawiającego, nie złożył oferty w Postępowaniu z powodów opisanych poniżej.

II.

Uzasadnienie poszczególnych zarzutów podniesionych w petitum odwołania.

Odwołujący wskazał, że na podstawie podniesionych zarzutów składają się wszystkie okoliczności opisane w ich treści, jak również opisane w uzasadnieniu odwołania.

- 1) Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp przez użycie w opublikowanej odpowiedzi na pytanie nr 29 nieprecyzyjnych sformułowań, które mogą być różnie rozumiane, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu, a jednocześnie czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że w świetle aktualnej treści art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jedną z konsekwencji tej zasady jest wymóg zawarty w 29 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp wskazano wymóg, że przedmiotu zamówienia nie opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W okolicznościach tej sprawy Zamawiający, w poszczególnych częściach Opisu Przedmiotu Zamówienia, wymagał świadczenia usług odpowiednio w poniższych lokalizacjach:

- ~ III 1) 1.1 Oddziały Pomocy Doraźnej zlokalizowane w Rogowcu i w Chabielicach,
- ~ III 2) 2.1 Oddział Pomocy Doraźnej zlokalizowany w Rogowcu,
- ~ III 3) 3.1 Udzielanie Pierwszej Pomocy w placówce znajdującej się w bezpośredniej bliskości KWB Turów,
- ~ III 4) 4.1 b) Obsługa pielęgniarska jednozmianowego punkt pierwszej pomocy

mieszczącego się na terenie Oddziału Elektrowni Turów,

- ~ V 6.1 Udzielanie świadczeń zdrowotnych przez lekarza internistę w lokalizacjach Szczecin. Nowe Czarnowo lub Gryfino,
- ~ V 6.5 Obsługa pielęgniarska w lokalizacji Pracodawcy tj. Elektrociepłowni Pomorzany. Elektrociepłowni Szczecin. Elektrowni Dolna Odra.

Odwołujący wskazał, że w związku z powyższymi postanowieniami zawartym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zadał pytanie dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ (oznaczone w odpowiedziach Zamawiającego nr 29):

Czy we wskazanej/wskazanych lokalizacjach Zamawiający dysponuje pomieszczeniami przystosowanymi do prowadzenia działalności medycznej jako gabinet lekarski, gabinet zabiegowy? jeśli tak to prosimy o wskazanie ich wyposażenia będącego własnością Zamawiającego oraz ewentualnych warunków najmu tych pomieszczeń (w miarę możliwości przedstawienia projektu umowy najmu). Prosimy również o wskazanie okresu, jaki Zamawiający przewiduje na dostosowanie pomieszczeń do wymogów sanitarno - epidemiologicznych przez nowego najemcę. Dodatkowo - czy Zamawiający dopuszcza wizję lokalną istniejących obiektów przed złożeniem oferty?

Na powyższe pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający nie zapewnia pomieszczeń przystosowanych do prowadzenia działalności medycznej. W poszczególnych lokalizacjach możliwy jest wynajem/dzierżawa w przypadku dysponowania przez Zamawiającego tego typu pomieszczeniami.

Odwołujący wskazał, że przekazana przez Zamawiającego odpowiedź na wyżej opisane pytanie jest lakoniczna oraz niejasna, w związku z czym nie wiadomo jakie dane należy na jej podstawie przyjąć na potrzeby wyceny oferty. Z jednej strony Zamawiający wskazuje bowiem, że nie zapewnia pomieszczeń przystosowanych do prowadzenia działalności medycznej, zaś z drugiej wskazuje na możliwość ich wynajmu w przypadku dysponowania tego typu pomieszczeniami.

Zamawiający przygotowując postępowanie powinien dysponować informacjami w zakresie posiadanych pomieszczeń, które jest w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia, jest rzeczą co najmniej zastanawiającą, że Zamawiający nie posiada zinwentaryzowanych pomieszczeń, którymi na chwilę obecną dysponuje, jak i tych, które są przedmiotem aktualnie obowiązujących umów najmu lub dzierżawy. Zamawiający powinien na potrzeby niniejszego Postępowania przedstawić ubiegającym się o udzielenie Zamówienia wykonawcom konkretnych informacji w tym zakresie, tym bardziej, że w odniesieniu do niektórych lokalizacji z Opisu Przedmiotu Zamówienia wynika wprost, że usługi mają być świadczone na terenie Zamawiającego. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający musi udostępnić jakiegokolwiek pomieszczenia, w przeciwnym bowiem wypadku realizacja zamówienia byłaby w ogóle nie możliwa. Przekazanie kompletnej, jasnej i precyzyjnej

odpowiedzi w przedmiotowym zakresie warunkowało możliwość złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu, albowiem są to informacje istotne z punktu widzenia szacowania oferty.

Jedyny podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, tj. MegaMed sp. z o.o., jest podmiotem obecnie świadczącym usługę i zapewne zna warunki i zasady na jakich Zamawiający udostępnia pomieszczenia w poszczególnych lokalizacjach. Co za tym idzie, brak przekazania precyzyjnych informacji w tym zakresie pozostałym potencjalnym oferentom dodatkowo przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Jakkolwiek bowiem w zamówieniach publicznych często mamy do czynienia z sytuacją, w której istnieje podmiot obecnie świadczący usługę, jednak Zamawiający, aby zachować uczciwą konkurencję oraz równo potraktować wszystkich wykonawców, powinien przekazać pozostałym wykonawcom wszystkie informacje umożliwiające prawidłowe i rzetelne skalkulowanie oferty tak, aby zniwelować niejako uprzywilejowaną pozycję dotychczasowego wykonawcy. Tymczasem udzielona przez Zamawiającego odpowiedź jest na tyle nieprecyzyjna, że Odwołujący nie był w stanie na jej podstawie złożyć oferty. Można też przypuszczać, że sytuacja ta dotyczyła również pozostałych podmiotów zainteresowanych udziałem w Postępowaniu, bowiem one także nie złożyły ofert. Odwołujący wskazał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2016 r. KIO/KD 34/16. Odwołujący argumentował, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców nie może ich udzielać w sposób, który uniemożliwiłby dostęp do zamówienia ponieważ narusza tym samym zasady uczciwej konkurencji. Brak udzielenia precyzyjnej odpowiedzi na zadane przez Odwołującego pytanie można kwalifikować jako naruszenie zasady transparentności postępowania, również wynikającej z treści art. 7 ust. 1 ustawy.

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 w z w. z art. 38 ust. 4 Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 41, w której Zamawiający zmienił treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie wymogu posiadania kontraktu z NFZ przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej wystawiającego skierowania ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w toku Postępowania powziął uzasadnione wątpliwości co do prawnej dopuszczalności wymogu sformułowanego przez Zamawiającego w części V pkt 4.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia tj.: Wystawianie skierowań ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy na potrzeby

pracowników KWB Turów przez wyznaczonego lekarza podstawowej opieki zdrowotnej posiadającego kontrakt z NFZ.

Odwołujący wskazał, że z ww. postanowienia SIWZ wynika obowiązek zagwarantowania (w ramach prywatnej opieki zdrowotnej) lekarza posiadającego kontrakt z NFZ oraz możliwość wystawiania przez takiego lekarza skierowań w ramach NFZ. Zawarte w SIWZ rozwiązanie jest sprzeczne z przepisami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz wydanych na jej podstawie (art. 102 ust. 5) zarządzeniach Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia i umowach zawieranych przez placówki z NFZ. Odbывające się w ramach umowy wizyty mają charakter komercyjny. Podczas takiej wizyty lekarz nie może (choćby miał zawartą umowę z NFZ) wystawiać skierowań do poradni lub klinik. Zamawiający pośrednio wskazał także, że „poradnie specjalistyczne” i „kliniki” zawarły umowy z NFZ. W odmiennym przypadku wymóg zapewnienia „lekarza posiadającego kontrakt z NFZ” byłby bezcelowy.

Wystawienie skierowania przez lekarza podczas wizyty finansowanej ze środków prywatnych naraża placówkę medyczną (w tym przypadku placówkę Odwołującego) na ryzyko nałożenia kary umownej. Warunki świadczenia wizyt w ramach NFZ określone zostały przez Prezesa NFZ w zarządzeniu nr 120/2018/DSOZ w sprawie warunków zawarcia i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie podstawowej opieki zdrowotnej. Wzór umów zawieranych przez NFZ z placówkami stanowi z kolei załącznik nr 1 do tego zarządzenia.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem (oznaczone w odpowiedziach Zamawiającego nr 41: *Wykonawca wskazuje na konieczność usunięcia lub zmiany tego postanowienia z uwagi na konflikt prawny wynikający z mieszania strumienia finansowania pomiędzy prywatną opieką medyczną a publiczną służbą zdrowia*). Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami pkt. 4.6 części V Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający oczekuje wystawiania skierowań ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy*. Zamawiający dostrzegł sprzeczność postanowień SIWZ, w wyżej opisanym zakresie, z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a co za tym idzie postanowił zrezygnować z obowiązku posiadania przez lekarza świadczącego usługę komercyjną kontraktu z NFZ. W związku z treścią udzielonej odpowiedzi Zamawiający zaniechał jednak zmiany treści SIWZ, która w tej sytuacji była obligatoryjna. Stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy - w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio". Powyższy przepis statuuje możliwość dokonania przez Zamawiającego

zmiany treści SIWZ w uzasadnionych przypadkach. Nie ulega wątpliwości, że sytuacja, w której postawiony przez Zamawiającego w treści SIWZ wymóg jest sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i Zamawiający postanawia go, zmienić stanowi „uzasadniony przypadek” w rozumieniu tego przepisu. Cytowany wyżej przepis nakłada jednak na Zamawiającego obowiązek dokonania rzeczowej zmiany oraz ogłoszenia o zmianie na stronie internetowej. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2018 roku sygn. akt KIO 2207/18. Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 38 ust. 6 ustawy jest dodatkowo zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert i poinformowania o tym wykonawców, w przypadku gdy w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy zmiana dokonana przez Zamawiającego wpływała znacząco na krąg podmiotów (lekarzy), którzy mogą wykonać usługę na rzecz Odwołującego. Rezygnacja z wymogu posiadania kontraktu z NFZ poszerza bowiem katalog lekarzy mogących udzielać świadczeń zdrowotnych. Powyższe wymagało zatem wprowadzenia zmiany w ofercie, co z kolei wymagało wydłużenia terminu składania ofert, czego Zamawiający zaniechał. Odwołujący wskazał, że konsekwencją powyższych działań i zaniechań Zamawiającego był brak możliwości złożenia oferty przez Odwołującego.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest zapewnić przestrzeganie naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że w przypadku udzielenia odpowiedzi skutkującej zmianą treści SIWZ Zamawiający dokona stosownych zmian w treści SIWZ, poinformuje o tym wykonawców oraz przedłuży termin składania ofert (podobnie wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1479/18).

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 13,16, 28, 32, w których Zamawiający zmienił treść SIWZ bez jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu.

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przy udzielaniu odpowiedzi na wskazane wyżej pytania zmienił treść SIWZ, zaś przedmiotowa zmiana była zmianą istotną i miała wpływ na kalkulację ceny oferty. Udzielając odpowiedzi na pytania nr 13,16 i 32 Zamawiający zmienił treść SIWZ przez: (-)dopuszczenie możliwości realizacji

świadczeń wymienionych w części V pkt 6.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia na terenie Szczecina lub Nowego Czarnowa lub Gryfina; (-) opuszczenie możliwości realizacji usług dla oddziałów Kopalnia Węgla Brunatnego Bełchatów, Elektrownia Bełchatów oraz Centrala Spółki z wyłączeniem lokalizacji Piotrków Trybunalski; (-) Dopuszczenie wykonywania szczepień przez posiadającego uprawnienia ratownika medycznego.

Przedmiotowe zmiany do treści SIWZ miały charakter istotny z punktu widzenia kalkulacji oferty przez Odwołującego. Zadane przez wykonawców pytania odwoływały się bowiem do aktualnej sytuacji na rynku medycznym, a część zmian wiązała się z brakiem dostępności na rynku lekarzy poszczególnych lokalizacji. Zmiana treści SIWZ w wyżej wskazanych zakresach była więc wynikiem zmiany decyzji Zamawiającego i wynikała niejako z „przyznania racji” wykonawcom w zakresie braków na rynku medycznym określonych specjalistów. Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 38 ust. 6 Pzp jest dodatkowo zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert i poinformowania o tym wykonawców, w przypadku gdy w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy zmiana dokonana przez Zamawiającego wpływała znacząco na krąg podmiotów (lekarzy), którzy mogą wykonać usługę na rzecz Odwołującego. Rezygnacja z wymogu świadczenia usługi w niektórych lokalizacjach poszerzyła bowiem katalog lekarzy mogących udzielać świadczeń zdrowotnych. Powyższe wymagało zatem wprowadzenia zmiany w ofercie, co z kolei wymagało wydłużenia terminu składania ofert, czego Zamawiający zaniechał.

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 oraz art. 7 ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 20, 25, 28, 29, 30 w których Zamawiający przekazał wykonawcom informacje kluczowe z punktu widzenia prawidłowego skalkulowania oferty bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu

W ramach udzielenia odpowiedzi na pytania 20, 25, 28, 29 oraz 30 Zamawiający nie dokonał wprowadzenia modyfikacji treści SIWZ, ale przekazał potencjalnym oferentom informacje kluczowe z punktu widzenia prawidłowego skalkulowania oferty obejmujące: (-) liczbę zatrudnionych pracowników w spółkach objętych treścią SIWZ; (-) podał do wiadomości oferentów wykaz narażeń dla poszczególnych stanowisk pracy dla poszczególnych lokalizacji; (-) podał do wiadomości oferentów wyszczególnienie narażeń i związanych z tym szczepień ochronnych; (-) podał informację odnośnie możliwości ewentualnego najmu/dzierżawy pomieszczeń; (-) przekazał informację na temat posiadanych

karetek pogotowia na potrzeby realizacji umowy.

Udzielone informacje w ocenie Odwołującego były istotne z punktu widzenia wykonawców i posiadały znaczący wpływ na kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca udzielił przedmiotowych odpowiedzi w dniu 30 sierpnia 2019 roku (piątek), zaś termin składania ofert upływał w dniu 5 sierpnia 2019 roku. Powyższe doprowadziło zatem do sytuacji, że Odwołujący miał w praktyce tylko 3 dni robocze na przygotowanie i skalkulowanie oferty w oparciu o przekazane informacje, co było terminem zdecydowanie zbyt krótkim z uwagi na zakres oferty i specyfikę zamówienia. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 38 ust. 6 ustawy, jest dodatkowo zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert i poinformowania o tym wykonawców, w przypadku gdy w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy zasadnym oraz koniecznym w celu zachowania uczciwej konkurencji było przedłużenie terminu składania ofert.

5. Zarzut naruszenia - w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 2-4 powyżej - przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu.

Jedynym podmiotem, który od początku Postępowania posiadał informacje niezbędne do przygotowania oferty, była spółka MegaMed sp. z o.o., która obecnie świadczy dla Zamawiającego usługi będące przedmiotem Postępowania. Zatem podanie tych kluczowych informacji (częściowo zresztą nieprecyzyjne) pozostałym oferentom na 3 dni robocze przed datą składania ofert, bez jednoczesnego przedłużenia tego terminu, w oczywisty sposób doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynym bowiem podmiotem, który dysponował zakresem niezbędnych informacji i czasem koniecznym na przygotowanie oferty, znacznie dłuższym od konkurencji, była spółka MegaMed sp. z o.o., która zresztą jako jedyna złożyła ofertę w Postępowaniu. Pozostali wykonawcy nie byli w stanie przygotować ofert w terminie 3 dni roboczych, tym bardziej, że części niezbędnych informacji (w szczególności dotyczących zasad korzystania z pomieszczeń Zamawiającego) nadal nie uzyskali. Odwołujący wskazał, że w zamówieniach publicznych niemal zawsze mamy do czynienia z sytuacją, w której istnieje podmiot obecnie świadczący usługę. Jednak Zamawiający, chcąc zachować uczciwą konkurencję oraz równo potraktować wszystkich wykonawców, powinien przekazać pozostałym wykonawcom wszelkie informacje umożliwiające prawidłowe i rzetelne skalkulowanie oferty, a ponadto dać im na to niezbędny czas. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zaniechał powyższego, czym doprowadził do naruszenia nie tylko

przepisu art. 38 ust. 6 ustawy, ale również fundamentalnych zasad postępowania wynikających z przepisu art. 7 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie

faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 19 września 2019 roku „Odpowiedź na odwołanie”, a także stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 5 sierpnia 2019 roku „Pismo procesowe pełnomocnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania Izba ustaliła i zwarzyła:

Izba stwierdziła, odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie, który został wskazany w piśmie procesowym oraz podtrzymany na posiedzeniu z udziałem stron jak również wniosku uczestnika postępowania odwoławczego o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów odnoszących się do odpowiedzi nr 29 jako zarzutu spóźnionego, że wnioski te są niezadane.

Zaznaczyć należy, że zgodnie z treścią odwołania podstawą do wniesienia odwołania były udzielone w dniu 30 sierpnia 2019 roku wyjaśnienia do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ). Tym samym kwestionowaną przez Odwołującego była czynność Zamawiającego 1 dnia 30 sierpnia 2019 roku. Izba zaznacza również w tym miejscu, że sam Zamawiający w piśmie procesowym wskazywał na to, że odwołanie odnosi się do ww. czynności Zamawiającego.

- (1) W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp przez użycie w opublikowanej odpowiedzi na pytanie nr 29 nieprecyzyjnych sformułowań, które mogą być różnie rozumiane, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu, a jednocześnie czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba podkreśla, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie została zawarta, w żaden sposób nie została określona, informacja dotycząca najmu lokali. Wymaga również zaznaczenia w tym miejscu, że również Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że w SIWZ nie została określona informacja dotycząca najmu lokali.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział udostępnienie jakichkolwiek pomieszczeń. W ocenie Izby odpowiedź na pytanie nr 29 jest jednoznaczna i nie zmienia postanowień SIWZ w żaden sposób. Również w ocenie Izby Odwołujący dostrzegł brak jakiegokolwiek modyfikacji SIWZ w tym zakresie, czemu dał wyraz w uzasadnieniu odwołania, gdzie na stronach 6 – 7 odwołania przedstawił

treści jakie w ocenie Odwołującego powinny być zawarte w SIWZ i jak SIWZ powinno ulec zmianie. Również brak modyfikacji SIWZ w tym zakresie wskazał sam Odwołujący w uzasadnieniu do zarzutu nr 4: „w ramach udzielonych odpowiedzi na pytania 20, 25, 28, 29 oraz 30 Zamawiający nie dokonał wprowadzenia modyfikacji treści SIWZ (...)”. Izba podkreśla w tym miejscu, że taka argumentacja - jaką przedstawia Odwołujący w odwołaniu – co do treści SIWZ stanowiłaby argumentację spóźnioną, natomiast w zakresie podniesionego w odwołaniu zarzutu potwierdza jedynie odmienne stanowiska w zakresie złożonego do Zamawiającego pytania. Podkreślenia wymaga również, że najem pomieszczeń od Zamawiającego nie jest częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie wartym jest zaznaczenie, że najem pomieszczeń będących własnością Zamawiającego nie musi odbywać się na identycznych zasadach dla każdego podmiotu co może być uzależnione od wielu czynników i zmiennych.

Izba zaznacza w tym miejsc również, co w zasadzie ma odniesienie do każdego z podniesionych zarzutów w odwołaniu, że Zamawiający dokonywał w niektórych zakresach zmian postanowień SIWZ czemu dał jednoznaczny wyraz i tak np. w odpowiedzi na np.: pytanie 43 czy pytanie 13 i 16 (które również są objęte zarzutami odwołania) w punkcie II lub III pisma z dnia 30 sierpnia 2019 roku, gdzie wskazał, że dokonał zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia czy też postanowień projektu Umowy. Tym samym, gdyby Zamawiający chciał dokonać jakiegokolwiek zmiany postanowień SIWZ w zakresie pytania 29, to niewątpliwie dałby temu wyraz, natomiast brak jakichkolwiek regulacji w zakresie najmu lokali dokumentacji postępowania oraz udzielona odpowiedź na pytanie nr 29, a także fakt w jaki sposób dokonuje zmian SIWZ Zamawiający jak również oświadczenie z uzasadnienia zarzutu nr 4 nie może być ocenione jako działanie niejednoznaczne, nieprecyzyjne, które może być równie zrozumiane. Wszystko powyższe potwierdza zatem niezasadność podniesione zarzutu.

- (2) W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 w z w. z art. 38 ust. 4 Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 41, w której Zamawiający zmienił treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie wymogu posiadania kontraktu z NFZ przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej wystawiającego skierowania ze wskazań lekarskich do poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Po pierwsze w ocenie Izby Zamawiający nie dokonał odpowiedzi na pytanie 41 zmiany treści SIWZ. Z treści udzielonej odpowiedzi w żaden sposób nie wynika, aby Zamawiający

dokonał jakiegokolwiek zmiany postanowień SIWZ. W zasadzie Zamawiający potwierdził zawarte w SIWZ regulacje przepisując fragment części V pkt 4.6 opisu przedmiotu zamówienia. Treść SIWZ, w tym zakresie, nie uległa jakiegokolwiek zmianie. Tym samym skoro nie uległa zmianie treść postanowień SIWZ w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie 41 to nie było podstaw do zmiany SIWZ jak również nie było podstaw do zmiany terminu składania ofert. Podkreślenia ponownie wymaga, że tam, gdzie Zamawiający dokonywał zmiany treści SIWZ pismem z dnia 30 sierpnia 2019 roku, wskazywał to w sposób jednoznaczny, jednakże ten fakt w swoim stanowisku zupełnie pomija Odwołujący, a co było znane Odwołującemu choćby na podstawie innych podnoszonych zarzutów (np. zarzutu nr 3).

Po drugie, jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do treści SIWZ to mógł złożyć odwołanie od jej treści, ale w terminie na to przewidzianym. Na obecnym etapie postępowania odnośnie się do postanowień SIWZ i argumentacja w zakresie niezmienionej przez Zamawiającego treści SIWZ jest argumentacją spóźnioną. Izba zaznacza w tym miejscu, że w trakcie rozprawy Zamawiający jednoznacznie podkreślił, że wykonawca powinien skalkulować w ofercie koszt lekarza posiadającego kontrakt z NFZ, który będzie wystawiał skierowania do placówek poradni specjalistycznych i klinik, z którymi Zamawiający ma podpisane umowy. Natomiast Odwołujący potwierdził w trakcie rozprawy, że lekarz posiadający kontrakt z NFZ może wystawić skierowanie w ramach świadczonej usługi komercyjnej. W ocenie Izby wątpliwości jakie podał w trakcie rozprawy Odwołujący co do rozumienia części V pkt 4.6 opisu przedmiotu zamówienia przedstawiane na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie postępowania odwoławczego nie dość, że należy uznać za spóźnione – bowiem są to wątpliwości odnoszące się do SIWZ, a nie udzielonej odpowiedzi – to jednocześnie w ocenie Izby konstruowane są jedynie na potrzeby tego postępowania odwoławczego. Zamawiający nie dokonał żadnych zmian postanowień SIWZ, nie zachodziły przesłanki prawne na jakie wskazywał Odwołujący, co też potwierdził ten ostatni na rozprawie.

- (3) Zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 13, 16, 32, w których Zamawiający zmienił treść SIWZ bez jednoczesnego przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W odniesieniu do udzielonych odpowiedzi na pytanie nr 13 i 16 Zamawiający umożliwił wykonywanie świadczeń specjalistycznych przez lekarzy specjalistów z kilku alternatywnych lokalizacji, w efekcie czego dał wykonawcom możliwość większego wyboru lokalizacji realizacji świadczeń specjalistycznych. W odpowiedzi na pytanie 13 Zamawiający nadał treść części V pkt 6.6 przez umożliwienie świadczenie przez lekarzy specjalistów

we wskazanym w odpowiedzi zakresie alternatywnie we wskazanych trzech miejscowościach. W odpowiedzi na pytanie 16 Zamawiający zmienił treść SIWZ i dopisał punkt 2a, zgodnie z którym dopuścił możliwość świadczenia usługi lekarza specjalisty o określonych specjalnościach z wyłączeniem lokalizacji Piotrków Trybunalski. W odpowiedzi na pytanie 32 Zamawiający uzupełnił treść SIWZ w części III punkt 4.1.b przez dodanie zdania, że dopuszcza wykonywanie szczepień przez posiadającego uprawnienia ratownika medycznego.

W ocenie Izby, w powyżej wskazanym zakresie, doszło do zmian treści SIWZ. Jednakże w ocenie Izby nie były to zmiany, które wymagały dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofertach. Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy przedłużenie terminu składania ofert wynika z konieczności zmiany treści ofert i czasu niezbędnego na te zmiany. Tym samym przedłużenie terminu składania ofert musi być niezbędne z uwagi na udzielone wyjaśnienia i dokonane zmiany treści SIWZ. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w odniesieniu do pytania 13 i 16 nie dokonał zmian, takich zmian, które wymagałyby zmiany terminu składania ofert. Przebijając z treści pytań niemożliwość realizacji zamówienia w warunkach pierwotnie wskazanych w SIWZ przez Zamawiającego niweluje w zupełności konieczność dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie np. wynikających z obniżenia ceny z uwagi na zmianę świadczenia usługi – ponieważ skoro pierwotnie niemożliwym było świadczenie zgodnie z założeniem Zamawiającego, to wykonawca nie mógł takiego przewidzieć w ofercie, a to powoduje, że jej nie zmieniał. Równie w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 32, gdzie na wcześniejszym etapie nie była regulowana kwestia realizacji szczepień przez konkretne uprawnione osoby, tym samym dookreślenie jakiego dokonał Zamawiający systematyzowało wskazania SIWZ.

Izba zaznacza również, że po pierwsze Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, że dokonane zmiany ww. odpowiedziami na pytania - z czego dwie pierwsze odpowiedzi upraszczały złożenie oferty, a trzecia ze wskazanych porządkowała informacje – powodowały takie zmiany w ofertach, że niezbędny na to czas musiał zostać wydłużony ponad to co stanowi prawodawca. Podkreślić bowiem należy w tym miejscu, że zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy – co w zupełności pomija w swojej argumentacji Odwołujący – ustawodawca zagwarantowała minimalny czas jaki jest niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach w wyniku udzielonych wyjaśnień przez zobowiązanie Zamawiającego do udzielenia tych wyjaśnień, w przypadku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający dokonał czynności zgodnie z tą regulacją i powiadomił o zmianach – korzystnych i porządkujących - w odpowiednim terminie. Tym samym argumentacja Odwołującego uzasadniająca konieczność wydłużenia terminu składania ofert powinna być bardzo konkretna i zasadnicza, a nie lakoniczna i powierzchowna – a taka właśnie była. Izba zaznacza, że Odwołujący

nie wskazał np. ilości dni o jakie miałyby zostać wydłużony termin składania ofert, a który to gwarantowałby wykonawcy możliwość uwzględnienia w ofercie dokonanych zmian. Natomiast odnoszenie się przez Odwołującego jedynie do 3 dni roboczych na przygotowanie oferty i na uwzględnienie zmienionych postanowień SIWZ nie znajduje również w ocenie Izby uzasadnienie, ponieważ ustawodawca nie odnosi się do dni roboczych lecz dni.

- (4) W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust. 6 oraz art. 7 ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 20, 25, 28, 29, 30 w których Zamawiający przekazał wykonawcom informacje kluczowe z punktu widzenia prawidłowego skalkulowania oferty bez jednoczesnego dokonania stosownej zmiany treści SIWZ oraz przedłużenia terminu składania ofert w Postępowaniu, co w konsekwencji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu Izba podkreśla, że sam Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania przyznał, potwierdził, wskazał, że do zmian treści SIWZ, modyfikacji postanowień SIWZ udzielonymi odpowiedziami na wskazane wyżej pytania nie doszło („w ramach udzielonych odpowiedzi na pytania 20, 25, 28, 29 oraz 30 Zamawiający nie dokonał wprawdzie modyfikacji treści SIWZ (...”). Tym samym skoro nie doszło do zmiany treści SIWZ w ww. zakresach to nie było podstawy do zmiany terminu składania ofert. Zaznaczenia wymaga, że zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy, na który powołuje się Odwołujący zmiana terminu składania ofert uzależniona jest od zmiany treści SIWZ. Skoro zatem nie było zmiany SIWZ to nie było podstawy do dokonania przedłużenia terminu składania ofert.

W odniesieniu do wskazanych pytań w tym zarzucie Izba wskazuje, że łączny stan osób objętych zamówieniem został podany przez Zamawiającego (złącznik nr 5 do SIWZ), jak również wynika z dokumentacji postępowania, że przedmiotem zamówienia jest pełny zakres świadczenia usługi w tym ocena czy zakres badań w odniesieniu do danego pracownika powinien zostać rozszerzony (część II punkt 6-9 opisu przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1 do SIWZ) przy uwzględnieniu stanowiska pracy i mając na uwadze inicjowanie przez wykonawcę działań na rzecz prawidłowej ochrony pracowników z uwagi na zmieniające się warunki pracy, zmienność stanowisk i ich ogromną ilość. Również szczepienia ochronne mające przeciwdziałać występującym ryzykom mają być wynikiem oceny ryzyka zawodowego przeprowadzonego dla poszczególnych stanowisk pracy, co również w ramach obowiązków przyporządkowane zostało wykonawcy co do rozpoznania i oceny czynników występujących w środowisku pracy jak również informowania o tym Zamawiającego i pracowników rozszerzony (część II punkt 7-8 opisu przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1

do SIWZ). Ponownie Izba wskazuje, że w odniesieniu do pytania nr 29 Zamawiający oświadczył, że nie zapewnia pomieszczeń do prowadzenia działalności medycznej, oraz Izba wskazuje, że aktualna w tym miejscu również jest argumentacja zawarta przy rozpoznaniu zarzutu nr 1. W odniesieniu do karetek jakie posiada Zamawiający udzielona odpowiedź miała charakter informacyjny, treść SIWZ nie została przez Zamawiającego zmieniona i wszystkie postanowienia SIWZ odnoszące się w swej treści do obowiązku posiadania karetek nie uległy jakiegokolwiek zmianie. Nie uległy tym samym w żadnej mierze wymagania Zamawiającego co do zakresu obowiązku dysponowania karatekami.

- (5) W zakresie zarzutu naruszenia - w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 2-4 powyżej - przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania wskazanych w zarzutach 1-4 tym samym nie doszło w tym zakresie do naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. W tym sformalizowanym postępowaniu wymaga dostrzeżenia, że zasady prawa zamówień publicznych mogą zostać naruszone przez równe i każde zachowania podmiotów starających się o udzielenie zamówienia. Każdy z wykonawców zainteresowanych postępowaniem chce złożyć ofertę i wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla podnoszenia przez jednego z wykonawców w sytuacji, gdy nie złożył oferty w postępowaniu, argumentacji o uchybieniach w działaniu Zamawiającego, które nie potwierdziły się, których nie wykazał, a które miały sanować brak złożenia oferty i przywrócić wykonawcy możliwość jej złożenia, co odbyłoby się kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: