

Sygn. akt: KIO 2142/11

## WYROK

z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2011 r. przez wykonawcę **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Platanowa 15, 62-200 Gniezno** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło & Topolewski Sp. k., ul. 28 Czerwca 1956 r. 231/239, 61-485 Poznań** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne odwołującego się wykonawcy i nakazuje ponowną ocenę jego oferty;

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Platanowa 15, 62-200 Gniezno** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań** na rzecz **Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o., ul. Platanowa 15, 62-200 Gniezno** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Stan faktyczny**

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o. z Gniezna w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Opieki Zdrowotnej MSWiA im. prof. L. Bierkowskiego w Poznaniu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest obsługa prawna szpitala i dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy Leśny i Wspólnicy Sp. z o.o. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy – Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. Sowisło & Topolewski sp. komandytowa z Poznania, który to wykonawca powinien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowaniu wykonawca zarzucił naruszenie 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, iż spółka Leśny i Wspólnicy nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z niniejszego postępowania firmy Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło Spółka Komandytowa, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jednocześnie wniósł o uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności, poprzez unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy spółki Leśny i Wspólnicy i nakazanie zamawiającemu wykonania czynności ponownej oceny ofert wraz z ofertą tej spółki, a także zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika. W celu przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego wniósł o zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy akt poprzedniego zamówienia na obsługę prawną zamawiającego wraz z umową. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że spółka Leśny i Wspólnicy nie złożyła oświadczenia wskazującego, iż osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia mają wymagane uprawnienia. Wykonawca stwierdził, że wymagane oświadczenie zostało złożone na załączniku nr 5 do siwz - wykaz osób, które uczestniczyć będą w wykonywaniu zamówienia. Wskazał także na pkt 1.4 zamawiającego, w którym zawarto wymóg złożenia takiego oświadczenia, nie przewidując dla tej czynności specjalnej formy, czy też formularza.. Podniósł także, że w przypadku wykonawcy wybranego jego oświadczenie co do uprawnień osób uczestniczących w zamówieniu zostało identycznie złożone i nie było to przedmiotem wezwania do skorygowania uzupełnienia oferty, przyjmując, iż taka forma złożenia oświadczenia wymaganego z pkt XI. 1.4 siwz jest prawidłowa. W zakresie drugiej z podstaw wykluczenia wykonawcy Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach

zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". Z kolei w pkt XI. 1.6 siwz zamawiający nie zastrzegł szczegółowego innego sposobu wykazania podstaw do dysponowania zasobami osób trzecich. Co więcej w pkt XI. 1.7 specyfikacji wymagał jedynie, iż jeśli osoby trzecie będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia to powinny one złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia przewidzianych w art. 24 ustawy Pzp. Wszystkie osoby, które uczestniczyć miały w wykonaniu zamówienia na podstawie oferty spółki Leśny i Wspólnicy oświadczenia wymagane w punkcie XI. 1.7 złożyły. W przypadku wykonawcy wybranego jego oświadczenie dot. podstaw dysponowania osobami trzecimi zostało określone jeszcze bardziej nieprecyzyjnie aniżeli oświadczenie spółki Leśny i Wspólnicy i nie było kwestionowane. W zakresie trzeciej z podstaw wykluczenia wykonawca stwierdził, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wymaga, aby każda z osób trzecich udostępniająca zasobów musiała koniecznie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zdaniem wykonawcy okoliczność tę dostrzegł również zamawiający wprowadzając zapis pkt XI. 1.7 dotyczący osób trzecich wymienionych w art. 26 ust. 2b pzp, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia. Zatem przepis ten nie dotyczy osób udostępniających zasobów nieuczestniczących w wykonaniu zamówienia. Tym samym błędne jest więc stanowisko zamawiającego, że oświadczenia radców prawnych Janusza Kończala i Leszka Ratajczyka poprzez brak klauzuli dotyczącej uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia miałyby uzasadniać wykluczenie spółki Leśny i Wspólnicy. Po pierwsze oświadczenia te co do swojej treści są zgodne z art. 26 ust. 2b pzp i siwz. Ponadto nawet gdyby były obarczone wadą prawną uniemożliwiającą ich uwzględnienie to pozostałe doświadczenie w zakresie dotyczącym obsługi prawnej 3 zakładów opieki zdrowotnej powyżej 400 pracowników, którym dysponowała spółka Leśny i Wspólnicy nie uzasadniło jej wykluczenia z postępowania. W odniesieniu do zarzutu zamawiającego nieprawidłowego poświadczenia za zgodność kopii dokumentów osób trzecich udostępniających zasobów w trybie art. 26 ust. 2b wykonawca wskazał, że zamawiający taką możliwość przewidział w siwz w punkcie XI.5. Zgodnie z postanowieniami tego punktu „Dokumenty wymienione w części XI SIWZ mogą być złożone w formie oryginałów lub kopii potwierdzonych za zgodność przez Wykonawcę z dopiskiem za zgodność z oryginałem ". Z kolei w punkcie XVII. 12 siwz wyraźnie zamawiający wskazał, iż w przypadku złożenia jako załącznik kopii jakiegokolwiek dokumentu powinien on zostać poświadczony za zgodność przez osobę uprawnioną do złożenia oferty. W w/w punktach siwz zamawiający wykluczył więc możliwość poświadczenia dokumentów przez osoby trzecie składające oświadczenie do postępowania. Z kolei brak takiego poświadczenia pozwalał w ocenie

zamawiającego na wykluczenie wykonawcy. Także zdaniem wykonawcy prawnie nieuzasadnione jest również powoływanie się przez zamawiającego na przepis § 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2010r., Nr 226, poz. 1817, zwanego dalej rozporządzeniem dot. dokumentów). Przepis ten brzmi następująco: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty ". Przepis ten wyraźnie przewiduje uprawnienie wykonawcy do poświadczenia dokumentów składanych przez osoby udostępniające zasoby w trybie art. 26 ust. 2b pzp. Zamawiający wskazał także na brak w ofercie spółki Leśny i Wspólnicy prawidłowych oświadczeń osób trzecich składanych w trybie art. 26 ust. 2b pzp. Odnosząc się do zarzutu braku wykazania doświadczenia w zakresie prowadzonych postępowań sądowych to wskazać należy, iż wykonywane one były w ramach stałych kompleksowych usług obsługi prawnej. Każdy z tych podmiotów poświadczył fakt i zakres tej obsługi stosownymi referencjami. W załączniku nr 4 (wykaz wykonanych lub wykonywanych usług) każdorazowo w kolumnie odbiorca usługi wskazany został reprezentowany zakład opieki społecznej. Stąd też niezasadne jest stanowisko zamawiającego, iż wykonawca nie wykazał doświadczenie w zakresie obsługi prawnej postępowań dotyczącej reprezentacji w sprawach z zakresu odpowiedzialności za błędy w sztuce medycznej. Zamawiający nie określił w siwz i wezwaniu sposobu udokumentowania wykonywania usługi. Z kolei zastępstwo procesowe, podobnie jak zastępstwo przed KIO nie było oddzielną usługą prawniczą, tylko częścią kompleksowej obsługi prawnej zakładów opieki zdrowotnej. Z uwagi na ochronę danych osobowych stron postępowań sądowych spółka Leśny i Wspólnicy nie mogła podać pełnych danych dot. spraw o błędy w sztuce medycznej. Zdaniem wykonawcy dane podane w załączniku nr 4 do oferty pozwoliły zamawiającemu na ich weryfikację w trybie § 31 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 lutego 2007r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. 2007r., Nr 38, poz. 249). Wykonawca stwierdził także, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika z zaniechania wykluczenia z niniejszego postępowania firmy Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło Spółka Komandytowa. W ocenie spółki Leśny i Wspólnicy zachodzą uzasadnione obawy wystąpienia przesłanek do wykluczenia tej firmy. Samo określenie wymagań siwz w taki sposób, iż na wielkopolskim rynku usług prawniczych jest tylko właśnie ta jedna firma spełniająca samodzielnie wymagania siwz powoduje wystąpienie takich wątpliwości. W ocenie spółki Leśny i Wspólnicy w tym postępowaniu nie zostało także zachowane wymaganie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały dochowane przez zamawiającego już na etapie przygotowywania zamówienia. Ponadto tylko w przypadku wybranego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wezwania go do

skorygowania lub uzupełnienia oferty, przyjmując iż taka forma złożenia oświadczenia wymaganego z pkt XI. 1.4 siwz jest prawidłowa. Jednakże w odniesieniu do spółki Leśny i Wspólnicy taka sama czynność uzasadniała jej wykluczenie z postępowania. Podkreślił także, że w przypadku wybranego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wezwania go do skorygowania lub uzupełnienia oferty, przyjmując iż taka forma podstawy dysponowania tymi osobami jest prawidłowa. Jednakże w odniesieniu do spółki Leśny i Wspólnicy nawet bardziej precyzyjne określenie podstaw dysponowania osobami trzecimi uzasadniało jej wykluczenie z postępowania. W przypadku spółki Leśny i Wspólnicy zamawiający stwierdził, iż wymogów dot. warunków uczestniczenia w postępowaniu dot. reprezentacji przed KIO nie można spełnić przez udostępniania zasobów przez osobę trzecią. Z kolei w przypadku wykonawcy wybranego wymóg dysponowania prawnikiem reprezentującym zamawiającego przed KIO w przynajmniej 4 postępowaniach został wykazany przez niego poprzez powołanie się na oświadczenie radcy prawnego Łukasza Miatkowskiego, które nawet nie spełnia wymagań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W konkluzji wskazał także na różnice w cenie ofert dwóch firm uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, tj. 79.704,- zł.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych P. J. Sowisto Spółka Komandytowa, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia są usługi prawnicze, których wartość nie przekracza kwoty określonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot. Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 351.219,50 zł, co stanowi równowartość 91.487,24 euro i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną w tym przypadku jest czynność wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania oraz brak wykluczenia konkurencyjnego wykonawcy – Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych P.J. Sowisło Spółka Komandytowa i wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. Mając na uwadze wskazany art. 180 ust.2 ustawy Pzp nie jest możliwe skuteczne zaskarżenie czynności oceny i braku wykluczenia z postępowania innego wykonawcy. Tym samym uprawnienie Izby, w związku z art. 189 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp, jest ograniczone tylko do rozpoznania zarzutów w zakresie podstaw wykluczenia odwołującego się wykonawcy, a w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy konkurencyjnego, Izba zobowiązana jest pozostawić takie zarzuty bez ich rozpatrzenia.

Rozpoznając zarzuty dotyczące bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne, Izba stwierdziła, że co następuje:

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [siwz] Zamawiający wymagał dla potwierdzenia warunku z zakresu wiedzy i doświadczenia [pkt X.1.2)] wykazania wykonywania: (1)obsługi prawnej, co najmniej pięciu ZOZ, w tym, co najmniej trzech SPOZ; (2)opiniowania pod względem prawnym, co najmniej 40 specyfikacji w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp; (3)reprezentowania zamawiającego w postępowaniu przed KIO, w co najmniej w 8 sprawach oraz (4)reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego, w co najmniej 10 sprawach o błąd w sztuce medycznej. Dla potwierdzenia tego warunku Zamawiający wymagał [pkt XI.1.1) i 2)] przedłożenia do oferty oświadczenia o spełnianiu warunków, wykazu wykonanych usług oraz dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały – odpowiednio - wykonane lub są wykonywane należycie. Z kolei w pkt X.1. 3) specyfikacji Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował, co najmniej 4 radcami prawnymi lub adwokatami, którzy będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, oraz wymagane było, aby jedna z tych osób reprezentowała zamawiającego, w co najmniej 4 sprawach z odwołania z zakresu prawa zamówień publicznych przed Zespołem Arbitrów lub KIO. Dla potwierdzenia tego warunku Zamawiający w pkt XI.1.3) specyfikacji wymagał przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na formularzu ustalonym w załączniku nr 5 do specyfikacji, który to formularz – tak jak i wskazany pkt XI.1.3) – wymagał podania m.in. informacji o kwalifikacjach tych osób oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający wymagał także [pkt X.1.4 specyfikacji] załączenia do oferty oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, o ile ustawy wymagają posiadania takich uprawnień.

Wykluczając wykonawcę z postępowania o zamówienie publiczne z uwagi na niespełnienie warunku z pkt X.1.4 siwz [zarzut 1], Zamawiający stwierdził, że w ofercie brak jest *oświadczenia*, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia. Kolejna podstawa wykluczenia dotyczyła warunku z pkt X.1.3 siwz [zarzut 2]. Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie podał w wykazie, co jest podstawą dysponowania tymi osobami, nie wskazując chociażby przykładowo na umowę o pracy, zlecenia, czy też umowę o dzieło, albo zobowiązanie. W zakresie warunku z pkt X.1.6 specyfikacji [zarzut 3a i b], Zamawiający stwierdził brak prawidłowego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w przypadku osób wymienionych pod pozycjami 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10 i 11 wykazu – załącznika nr 5, albowiem przedstawione kopie zobowiązań zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co jest – zdaniem Zamawiającego - niezgodne z § 6 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający stwierdził także, w odniesieniu do osób wymienionych pod pozycją 5 i 11 wykazu – załącznika nr 5, że treść zobowiązania nie zawiera informacji o uczestniczeniu przez nie w wykonywaniu zamówienia, a to uniemożliwia przekazanie wiedzy i doświadczenia [art.26 ust. 2b ustawy Pzp]. Wykluczając wykonawcę z postępowania o zamówienie publiczne w zakresie warunku z pkt XI.2.1 w związku z pkt XI.1.7 specyfikacji [zarzut 4] Zamawiający uznał brak prawidłowego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania [art. 24 ust.1 ustawy Pzp] dla osób wymienionych w pkt 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10 i 11 wykazu – załącznika nr 5. W zakresie ostatniego za zarzutów, dotyczącego warunku wymaganego pkt X.1.2a specyfikacji [zarzut 5a i b], Zamawiający stwierdził, że brak jest potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w złożonym wykazie – załącznik nr 4, dotyczącym: (1) obsługi prawnej ZOZ dla poz.1, 2, 3, 5,6, 7,8 i 9 oraz (2) reprezentowania przed KIO dla poz. 1 do 11, a także (3) reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego o błąd w sztuce medycznej - albowiem jest to doświadczenie podmiotów udostępniających swoje zasoby. Stwierdził także, że podanie jedynie sygnatury i sądu nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego o błąd w sztuce medycznej.

Izba ustaliła także, że wykonawca został wezwany na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących w ofercie dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca stwierdził, że wykonawca (...) spełnia wszelkie wymagania określone w specyfikacji, jednakże dopiero na tym etapie załączył dokumenty wskazane w specyfikacji [oprócz KRS dołączonego do formularza oferty] oraz w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i tym samym kolejna ocena oferty Odwołującego następowała na podstawie dokumentów uzyskanych w trybie przewidzianym art. 26 ust.3 ustawy Pzp.



Rozpoznając w pierwszej kolejności zarzut dotyczący warunku z pkt X.1.6 specyfikacji [zarzut 3] Izba stwierdziła, że oświadczenie w przedmiocie zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, a dotyczące osób wymienionych pod pozycjami 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10 i 11 wykazu – załącznika nr 5 zostało złożone prawidłowo, a zatem zarzut jest zasadny. W odniesieniu bowiem do tej kategorii dokumentów powołany przez Zamawiającego § 6 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) – nie ma zastosowania. Tak jak wynika z ust. 2 paragrafu 6 zdanie 1 rozporządzenia, przepis ten dotyczy wyłącznie dokumentów wymienionych w § 1 ust.2 i 3 rozporządzenia, które to dokumenty mogą być wymagane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 ustawy Pzp [wymienione w § 2 rozporządzenia] oraz w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności finansowych podmiotu, o którym stanowi art. 22 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba zwraca także uwagę, że tylko w odniesieniu do dwóch spośród 8 oświadczeń złożonych przez radców prawnych wymienionych w wykazie – załącznik nr 5 - Zamawiający podniósł zarzut braku w złożonych zobowiązaniach oświadczenia o uczestnictwie w realizacji zamówienia, podczas gdy wymaganiem Zamawiającego - pkt X.1. 3) specyfikacji – było dysponowanie tylko co najmniej 4 radcami prawnymi lub adwokatami, którzy będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, z których jedna reprezentowała dotychczas zamawiającego w co najmniej 4 sprawach z odwołania z zakresu prawa zamówień publicznych przed Zespołem Arbitrów lub KIO.

Także za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący warunku z pkt XI.2.1 w związku z pkt XI.1.7 specyfikacji [zarzut 4]. W tym przypadku bowiem nie ma także zastosowania § 6 ust.2 rozporządzenia. Tak jak ustaliła Izba wartość tego zamówienia nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot. Z kolei zgodnie z art. 26 ust.1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby może także określić formę w jakiej te dokumenty mogą być składane. Zamawiający nie odwołał się w specyfikacji w spornym zakresie do § 6 ust.2 rozporządzenia, a zatem w tej sprawie ma zastosowanie ogólne postanowienie z pkt XI.5) specyfikacji zgodnie z którym dokumenty wymienione w części XI siwz mogły być składane w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem tylko przez wykonawcę. To oznacza, że oświadczenia złożone - w kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę - przez wymienione w wykazie

pod kwestionowanymi pozycjami [poz.1, 3, 5, 7, 8, 9, 10 i 11] osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, są zgodne z wymaganiami punktu XI.5) specyfikacji.

Rozpatrując zarzut niespełnienia warunku z pkt X.1.4 siwz [zarzut 1] Izba ustaliła, że w wyniku uzupełnienia oferty zostało złożone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – tak jak wskazano w ich treści - oświadczenie wykonawcy oraz kserokopie oświadczeń podmiotów (osób), które będą brały udział w realizacji zamówienia. W punkcie pierwszym tych dokumentów zawarto oświadczenie, o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności. Oświadczenia te, co prawda zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, jednakże jak już wskazano powyżej taki sposób potwierdzenia jest zgodny z pkt XI.5) specyfikacji. Tym samym także w tym zakresie zarzut wnoszącego odwołanie wykonawcy jest zasadny.

Co do podstawy wykluczenia z powodu niespełnienia warunku z pkt X.1.3 siwz [zarzut 2], Izba stwierdziła, że wymaganie Zamawiającego odnosiło się do wskazania podstawy dysponowania osobami, a nie formy dysponowania poprzez przykładowe wskazanie na umowę o pracę, zlecenie, umowę o dzieło, albo zobowiązanie. Za podstawę dysponowania należy bowiem uznać – zdaniem Izby – powołanie się na zobowiązanie lub na przepis prawa w tym przepis art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Z kolei forma dysponowania, zdaniem Izby, jest konkretyzacją podstawy dysponowania poprzez wskazanie sposobu dysponowania osobami np. poprzez zawarcie umowy zlecenia. Z tego też względu tak sformułowany warunek upoważniał wykonawcę, zdaniem Izby, do wskazania przez wykonawcę przepisu art. 26 ust.2b ustawy Pzp jako podstawy dysponowania osobami uczestniczącymi w wykonywaniu zamówienia.

Powyższe ustalenia wskazują, że także kolejny zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w złożonym wykazie – załącznik nr 4 [zarzut 5a] dotyczącym: (1)obsługi prawnej ZOZ dla poz.1, 2, 3, 5,6, 7,8 i 9 oraz (2) reprezentowania przed KIO dla poz. 1 do 11, a także (3) reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego o błąd w sztuce medycznej także podlega uwzględnieniu. Tak jak wskazał Zamawiający w powiadomieniu o wykluczeniu z postępowania, podstawę wykluczenia wykonawcy stanowiły nieprawidłowości, które dotyczyły warunku z pkt X.1.6 specyfikacji (zarzut 3), oraz warunku z pkt XI.2.1 w związku z pkt XI.1.7 specyfikacji [zarzut 4], a jak ustaliła Izba wskazane przez Zamawiającego podstawy wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia nie zostały potwierdzone w postępowaniu odwoławczym przed Izbą i tym samym podnoszone w tym zakresie zarzuty w odwołaniu zostały przez Izbę uwzględnione. Także ostatni z zarzutów, dotyczący nie potwierdzenia warunku w zakresie

reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego o błąd w sztuce medycznej [zarzut 5b] także podlega uwzględnieniu. Zamawiający w specyfikacji jednoznacznie podał – jak już wskazano, że dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu także w tym przypadku [pkt XI.1.1) i 2)] jest oświadczenie o spełnianiu warunków oraz wykaz wykonanych usług wraz z dokumentem potwierdzającym, że w tym przypadku usługi zostały – odpowiednio - wykonane lub są wykonywane należycie. Takie dokumenty zostały przedłożone przez wnoszącego odwołanie wykonawcę. Co prawda z przedłożonego wykazu nie wynika, która ze spraw oznaczona sygnaturą i właściwym sądem ma dotyczyć potwierdzenia warunku w zakresie reprezentowania ZOZ w ramach zastępstwa procesowego o błąd w sztuce medycznej, jednakże wobec braku dodatkowych wymagań dotyczących potwierdzenia tego warunku ponad wskazane w pkt XI.1.1) i 2) siwz nie może to stanowić samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, powyższe może stanowić wyłącznie podstawę do wyjaśnienia wątpliwości w trybie określonym art. 26 ust.4 ustawy Pzp, aczkolwiek nie może to stanowić podstawy do uzupełnienia dokumentów z zastosowaniem procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wykonawca na podstawie wskazanego art. 26 ust.3 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia - oprócz KRS, który został załączony – wszystkich pozostałych dokumentów. To oznacza, że nie składając z ofertą żadnego z wymaganych dokumentów, wykonawca nie jest uprawniony dalszej ich niekompletności sanować poprzez domaganie się kolejnego wezwania do ich uzupełnienia. Podkreślić jednocześnie należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymaga, aby złożone na wezwanie dokumenty potwierdzały – co stanowi o jednokrotnym wezwaniu - spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp, chociażby w art. 36 ust.1 pkt 5 i 6 wymaga określenia warunków udziału w danym postępowaniu, a dla potwierdzenia tych warunków wymaga określenia dokumentów [w tym oświadczeń] jakie mają być złożone w ofercie. To oznacza, że zamawiający w zakresie oceny wymaganych warunków ograniczony jest katalogiem dokumentów, które ustalił w specyfikacji i jakkolwiek ich modyfikacja – na etapie oceny warunków - nie jest dopuszczalna.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....