

Sygn. akt: KIO 567/18

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 kwietnia 2018 r odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. **przez odwołującego:** Konsorcjum ASSECO Poland S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów; Portal PZP Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Sienkiewicza 64; 39-400 Tarnobrzeg w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Jednostki Administracji Państwowej w imieniu których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej (COAR) ul. Powsińska 69/71; 02-903 Warszawa

przy udziale przystępującego: Otwarty Rynek Elektroniczny S.A. ul. Domaniewska 49, 02-672 Warszawa, **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum ASSECO Poland S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów; Portal PZP Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Sienkiewicza 64; 39-400 Tarnobrzeg oraz zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum ASSECO Poland S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów; Portal PZP Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Sienkiewicza 64; 39-400 Tarnobrzeg tytułem wpisu od odwołania:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stanowisko odwołującego

Odwołanie zostało wniesione w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę dostępu do platformy zakupowej dla Jednostek Administracji Państwowej” numer referencyjny: 2017/36.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 listopada 2017 roku 2017/S 221-459511 oraz na stronie internetowej zamawiającego opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ: www.centrum.gov.pl.

Odwołujący konsorcjum firm: Asseco Poland S.A. w Warszawie i Portal PZP Sp. z o.o. w Tarnobrzegu (zwany dalej: „Asseco” lub „Odwołujący”), zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 z późn. zm.; dalej: „ustawa Pzp”), wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wezwanie do uzupełnienia Wykazu usług pomimo, iż brak jest przesłanek określonych w tym przepisie dla takiego wezwania, tj. dokumenty są kompletne, nie zawierają błędów i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale IV, Podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z powyższych względów odwołujący wnosi o:

uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia oferty złożonej przez odwołującego, przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Termin wniesienia odwołania

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 14.03.2018 r., kiedy zamawiający przesłał do odwołującego pismo sygn.: WZP/237/2018/PK zawierające wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP - „Wykazu usług”, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wyrażającą się w bezprawnym uznaniu, że wykazane usługi nie spełniają warunku udziału w postępowaniu i bezpodstawnym wezwaniu do uzupełnienia „Wykazu usług” w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert wniesionych w tym postępowaniu. Odwołujący złożył jedną z czterech ofert, które wpłynęły w postępowaniu. Zamawiający w dniu 14 marca 2018 roku przesłał do odwołującego pismo z dnia 14 marca 2018 roku znak sygn.: WZP/237/2018/PK wzywające na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia „Wykazu usług”. Odwołujący w dniu 15 marca 2018 r. złożył u zamawiającego wyjaśnienia wskazujące na oczywistą niezasadność uznania warunku udziału w postępowaniu za niespełniony i w związku z tym brak podstaw do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednak do dnia 26 marca 2018r. zamawiający pomimo prośby odwołującego sformułowanej w piśmie nie ustosunkował się do stanowiska odwołującego, stąd wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne ze względu na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

Negatywna ocena spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia może w perspektywie skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, przez co odwołujący może w bezprawny sposób zostać pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia szkody określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp została wykazana.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Przedmiotem zamówienia jest usługa udostępnienia platformy informatycznej - środka komunikacji elektronicznej w postaci Portalu e-Uслуг, zapewniającego komunikację elektroniczną między zamawiającym a wykonawcą w rozumieniu art. 10a ust. 1 ustawy PZP, rozumianej jako gotowe narzędzie działające on-line czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową. Postępowanie służy zapewnieniu Jednostkom Administracji Państwowej środka komunikacji elektronicznej, który umożliwi udzielanie zamówień publicznych po wejściu w życie przepisów dotyczących elektronizacji zamówień publicznych. Zamówienie będzie realizowane od dnia zawarcia umowy do 30 września 2020 roku, z zastrzeżeniem, że udostępnienie platformy dla poszczególnych Jednostek nastąpi w

terminach zgodnych z przedstawionym przez Wykonawcę harmonogramem udostępniania i zakończy się najpóźniej do dnia 30 lipca 2018 r.

Postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert wniesionych w postępowaniu. Odwołujący złożył jedną z czterech ofert, które wpłynęły w postępowaniu. Zamawiający w dniu 14 marca 2018 roku przesłał do odwołującego pismo z dnia 14 marca 2018 roku znak sygn.: WZP/237/2018/PK wzywające na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia „Wykazu usług” potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem wykazane usługi realizowane na rzecz Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemyśle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie oraz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie zdaniem Zamawiającego nie spełniają warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego.

Dnia 15 lutego 2018r., w wyniku wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, odwołujący złożył „Wykaz usług”, który potwierdza warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunek w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (zmieniony pismem zamawiającego 5 grudnia 2017 r. Sygnatura: WZP/1054/2017/PK) został sformułowany następująco:

„ b) zdolności technicznej lub zawodowej:

Sposób oceny spełnienia warunku: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 50.000 zł brutto każda (rozumiane jako dwie oddzielne umowy zawarte dla różnych podmiotów) polegające na udostępnieniu narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym (jako telefoniczna konsultacja w godzinach pracy podmiotu) w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Udostępnione narzędzie musi umożliwiać zamieszczanie i publikowanie dokumentacji zamówienia (m.in ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, informacji z otwarcia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej), prowadzenie aukcji elektronicznych, prowadzenie korespondencji z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz zarządzanie dostępem

do danych postępowań przez wskazanych użytkowników zamawiającego i użytkowników wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (np. przetargu ograniczonym).”

Należy wskazać, że dokonana przez zamawiającego ocena braku spełniania przez wykazane usługi warunku udziału w postępowaniu oparta jest o niewłaściwą interpretację treści warunku w kontekście ustaleń stanu faktycznego.

Instytut Organizacji i Zarządzania w Przemśle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie

W istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego piśmie z dnia 14 marca 2018 roku zostały ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych i miały charakter nieobligatoryjny. Jednakże wskazać należy, że wszystkie te postępowania były prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający, którym jest Instytut „ORGMASZ” był uprawniony do prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy PZP pomimo, iż wartości poszczególnych postępowań powodowały, iż mógł skorzystać z wyłączenia stosowania ustawy Pzp na podstawie jej art. 4 ust. 8.

Z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że Zamawiający oczekiwał wykazania dwóch usług polegających na udostępnieniu narzędzia działającego on- line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym (jako telefoniczna konsultacja w godzinach pracy podmiotu) w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione.

Ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny potwierdza spełnienie warunku:

- narzędzie służy przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp,
- za pośrednictwem tego właśnie narzędzia przeprowadzonych zostało 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione.

Wskazać należy, że w warunku nie został sformułowany wymóg, aby ogłoszenie było obowiązkowe, wartość zamówień miała określoną wartość lub też aby załączone przez zamawiającego dokumenty były w określonym formacie lub z podpisem kwalifikowanym.

Oczywistym jest, że Wykonawca nie ma żadnego wpływu na działania podejmowane przez Zamawiającego (Instytut „ORGMASZ”) świadcząc usługę udostępniania środka komunikacji elektronicznej, zatem nie ma również wpływu na to czy i jakie dokumenty są na platformie zamieszczane. Należy jednak wskazać, że absolutnie dopuszczalne jest zamieszczanie edytowalnej dokumentacji postępowania (SIWZ), brak jest bowiem przepisu, który nakazuje zamieszczanie tylko nieedytowalnego dokumentu w dodatku z podpisem kwalifikowanym kierownika zamawiającego w sytuacji gdy zamawiający dysponuje dokumentacją potwierdzającą zatwierdzenie SIWZ.

Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wylistowane w piśmie Zamawiającego z dnia 14 marca 2018 roku zostały ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych i miały charakter obligatoryjny. Wszystkie te postępowania były prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu).

Ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny potwierdza spełnienie warunku:

- narzędzie służy przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp,
- za pośrednictwem tego właśnie narzędzia przeprowadzonych zostało 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione.

Wskazać należy, że w warunku nie został sformułowany wymóg, aby wartość zamówień miała określoną wartość lub też aby załączone przez zamawiającego dokumenty były w określonym formacie lub z podpisem kwalifikowanym. Oczywistym jest, że Wykonawca nie ma żadnego wpływu na działania podejmowane przez Zamawiającego (Szpital) świadcząc usługę udostępniania środka komunikacji elektronicznej, zatem nie ma również wpływu na to czy i jakie dokumenty są na platformie zamieszczane. Należy jednak wskazać, że absolutnie dopuszczalne jest zamieszczanie edytowalnej dokumentacji postępowania (SIWZ), brak jest bowiem przepisu, który nakazuje zamieszczanie tylko nieedytowalnego dokumentu w dodatku z podpisem kwalifikowanym kierownika zamawiającego w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje dokumentacją potwierdzającą zatwierdzenie SIWZ.

Odwołujący w dniu 15 marca 2018 r. przesłał do Zamawiającego wyjaśnienie wskazujące na oczywistą niezasadność uznania warunku udziału w postępowaniu za niespełniony i w związku z tym brak podstaw do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, jednak

do dnia 26 marca br. Zamawiający nie ustosunkował się stanowiska Odwołującego, stąd wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia oferty Odwołującego.

Stanowisko zamawiającego

W dniu 3 kwietnia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 26 marca 2018 r. przez konsorcjum wykonawców: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 oraz Portal PZP sp. z o. o. z siedzibą w Tarnobrzegu przy ul. Henryka Sienkiewicza 64 (dalej zwany „odwołującym”).

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 marca 2018 r. w postępowaniu na usługę dostępu do platformy zakupowej dla Jednostek Administracji Państwowej - nr sprawy 2017/36, Centrum Obsługi Administracji Rządowej (zwane dalej Centrum lub Zamawiającym) działające w imieniu i na rzecz zamawiających, tj. Jednostek Administracji Państwowej (zwane dalej: JAP lub Jednostkami) nie uwzględni zarzutu zawartego w odwołaniu, co zostało szczegółowo uzasadnione poniżej ze względu na jego bezzasadność.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

W dniu 9 lutego 2018 r. zostało przesłane do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy PZP pismo w przedmiocie wezwania do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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 (wzór wykazu stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ) wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (znak: WZP/130/201 MMM).

W odpowiedzi na przedmiotowe pismo, Odwołujący złożył w terminie żądanym przez Zamawiającego wskazane powyżej dokumenty, które Zamawiający poddał ocenie w świetle określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią Rozdziału IV, podrozdziału I, pkt 1 ppkt 1 lit b), którego ostateczne brzmienie zostało zawarte w modyfikacji SIWZ w piśmie z dnia 5 grudnia 2017 (znak:

WZP/1054/2017/PK), o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

b) zdolności technicznej lub zawodowej:

Sposób oceny spełnienia warunku: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 50.000 zł brutto każda (rozumiane jako dwie oddzielne umowy zawarte dla różnych podmiotów) polegające na udostępnieniu narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym (jako telefoniczna konsultacja w godzinach pracy podmiotu) w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Udostępnione narzędzie musi umożliwiać zamieszczanie i publikowanie dokumentacji zamówienia (m.in ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, informacji z otwarcia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej), prowadzenie aukcji elektronicznych, prowadzenie korespondencji z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz zarządzanie dostępem do danych postępowań przez wskazanych użytkowników zamawiającego i użytkowników wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (np. przetargu ograniczonym).

Wobec braku uznania spełniania przez Odwołującego wskazanego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z dnia 14 marca br. (znak: WZP/237/2018/PK) wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, co zostało szczegółowo uzasadnione w przedmiotowym piśmie, a którego kopia stanowi załącznik do niniejszej odpowiedzi. Wobec tej czynności Zamawiającego zostało wniesione odwołanie, w którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia wykazu usług pomimo, że brak jest przesłanek określonych w tym przepisie dla takiego wezwania, tj. dokumenty są kompletne, nie zawierają błędów i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale IV, podrozdziale I, pkt 1 ppkt 1 lit b) SIWZ.

II. Wobec stanu faktycznego, o którym mowa w pkt I niniejszej odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego oraz oświadcza, że zarzut Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazuje, że literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia żadnych wątpliwości, jakimi postępowaniami miał wykazać się wykonawca w celu dokonania oceny, że daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z treści warunku wynika bowiem wprost, że należy wykazać postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp. Co znamienne, w treści odwołania odwołujący całkowicie pominął ten element i wyartykułował oraz pogrubiał część warunku odnoszącą się jedynie do liczby postępowań oraz sposobu ich zakończenia. To w ocenie zamawiającego świadczy o tym, że odwołujący doskonale wiedział, że postępowania, jakie zostaną przez zamawiającego ocenione pozytywnie muszą być przeprowadzone w reżimie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający jest zatem zaskoczony, że odwołujący przyjął, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp to również zamówienia udzielane na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Jest to okoliczność bezsporna, gdyż sam Odwołujący przyznał, że Instytut Organizacji i Zarządzania w Przemśle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie korzystał z wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Oczywistym natomiast jest, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp mają określony reżim, ich przebieg jest całkowicie sformalizowany, w tym w zakresie czynności uregulowanych dla wykonawców i zamawiających oraz wyraźnie określono rodzaje dokumentów jakimi posługują się w jego toku obie strony. To z kolei winno znaleźć swoje odzwierciedlenie na platformie, której dostarczenie jest elementem niezbędnym do prawidłowej realizacji umowy. Tylko tytułem przypomnienia zamawiający wskazuje, że przepis art. 4 ustawy Pzp rozpoczyna się od cyt. „Ustawy nie stosuje się do:”. Wobec tego nie sposób wywieść, że zamówienia o których mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, czyli takie do których nie stosuje się Pzp, prowadzone są na podstawie przepisów ustawy, bo zamawiający tak postanowił. Niezależnie zatem od tego, jak zamawiający na własne potrzeby określi tryb postępowania w sprawie zamówienia o wartości nie przekraczającej art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, nawet jeśli określi to jako tryb przetargu nieograniczonego, to nie będzie to nigdy tryb, o którym mowa w przepisach ustawy Pzp. Do postępowania takiego bowiem nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, a to z kolei wyklucza możliwość wykazania tych postępowań jako spełniających wymagania warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący podnosi także, że brak jest kwot w warunku udziału w postępowaniu, więc i przedmiot zamówienia o wartości 10 tys. czy 20 tys. zł spełnia dla niego warunek określony przez zamawiającego. Odwołujący jednak po raz kolejny całkowicie pomija część warunku, z której wprost wynika, że postępowanie ma być prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp, które to właśnie w art. 4 pkt 8 określają próg wartościowy obowiązku stosowania przepisów ustawy. W tym miejscu zamawiający wskazuje na utrwalony w doktrynie pogląd, że

zgodnie z art. 4 pkt 8 przepisów tej ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza ustalonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Przy udzielaniu takich zamówień i konkursów nie mają zastosowania przepisy p.z.p. w tym dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej (odwołanie, skarga). To, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, stosując przepisy tej ustawy, nie ma żadnego znaczenia prawnego (zob. postanowienia KIO: z dnia 30 stycznia 2013 r., KIO 94/13 www.uzp.gov.pl/, oraz z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 260/09, www.uzp.gov.pl). Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, a zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca wniosłby odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 p.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 8 ("Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy"). Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania podmiotów niebędących zamawiającymi w rozumieniu p.z.p. ani do rozpoznawania odwołań wniesionych na czynności lub zaniechania zamawiających niemających oparcia w przepisach p.z.p. (zob. postanowienie KIO z dnia 4 maja 2011 r., KIO 833/11, www.uzp.gov.pl). W celu ustalenia, czy wartość zamówienia obliguje zamawiającego do stosowania p.z.p., zamawiający stosuje natomiast przepisy p.z.p. dotyczące ustalania wartości zamówienia," (zob. Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: LEX 2015).

Pomijając zatem oczywisty brak spełniania warunku udziału w postępowaniu z powyższych względów na uwagę zasługuje również, że Odwołujący całkowicie pominął i nie odniósł się do innych zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego w treści wezwania do uzupełniania dokumentów. Nawet bowiem gdyby przyjąć, z czym Zamawiający się stanowczo nie zgadza, sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu prezentowany przez Odwołującego, to i tak przedłożony przez Odwołującego wykaz nie spełnia także jego interpretacji. Pomijając bowiem kwestię, że żadne z postępowań wskazanych w wykazie nie odbyło się na podstawie przepisów ustawy Pzp (z wyjątkiem jednego o wartości ok. 250 tys. zł), to Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu by odnieść się do tego, że w przypadku Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” w Warszawie, w postępowaniu nr 7/2017 na Zakup, dostawę i montaż mebli biurowych, dokument SIWZ w ogóle nie został zamieszczony - czy edytowalny czy też nie. Ma to szczególne znaczenie z uwagi na fakt, że sam Odwołujący przyznał, że każde z postępowań prowadzone było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Pzp, co cyt. „Wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, tyle, że brak dokumentu siwz uniemożliwia dokonanie takiej oceny. W odniesieniu z kolei do Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie

nie zostało zamieszczone ani jedno ogłoszenie o zamówieniu, więc w tym przypadku Odwołujący nawet nie starał się pozorować jakiegokolwiek reżimu prowadzenia postępowań. Zarówno bowiem w odniesieniu do jednego jak i drugiego podmiotu, na rzecz którego Odwołujący świadczy swoje usługi, nie sposób uznać, że skoro nie ma podstawowych dokumentów dla postępowań prowadzonych na podstawie przepisów ustawy Pzp, w tym właśnie reżimie prowadzone były wskazane postępowania. Stąd argumentacja Odwołującego w odniesieniu do obu podmiotów, dla których świadczy usługi, dotycząca tego, że Odwołujący nie ma wpływu na działania podejmowane przez zamawiających pozostaje bez znaczenia dla sprawy. To na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazać się nie jakąkolwiek umową z jakimikolwiek postępowaniami, tylko konkretną umową, na podstawie której realizowane były postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp. Jeśli Odwołujący nie ma takich umów zawartych, albo ma zawarte umowy, lecz na ich podstawie prowadzi postępowania z wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp, to po prostu nie jest w stanie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wobec tego próbuje wyrzeć wrażenie błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, mimo, że jego literalne brzmienie nie budzi żadnych wątpliwości. To samo dotyczy argumentu o rzekomym braku obowiązku zamieszczania wersji siwz w wersji nieedytowalnej. Tyle, że jeśli zamawiający zamieszcza pliki edytowalne opatrzone jeszcze komentarzami prowadzonymi w trybie roboczym, brak jest podstaw do przyjęcia, że publikacja jakichkolwiek dokumentów, nazywanych tylko przez Odwołującego dokumentacją zamówienia, umożliwi dokonanie oceny, że takie postępowanie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający pragnie w tym miejscu wskazać zatem na całkowitą ignorancję Odwołującego w odniesieniu do treści skierowanego do niego wezwania do uzupełnienia dokumentów; bo trudno za odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów uznać skierowane do Zamawiającego w dniu 15 marca br. żądanie unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jest to o tyle niezrozumiałe, że jak już wskazano powyżej, nawet przyjęcie błędnej argumentacji Odwołującego nie powoduje uznania, że wykazane przez niego usługi spełniają warunek udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że celem każdego warunku udziału w postępowaniu jest weryfikacja zdolności wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia. Stąd mając na uwadze powyższe, w odniesieniu do zakresu zamówienia, którym objętych jest 64 jednostki, które w roku 2017 wszczęły ponad 1600 postępowań w trybach przewidzianych ustawą Pzp, nie sposób przyjąć, że brak jakiegokolwiek postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy Pzp potwierdza, że Odwołujący daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wręcz przeciwnie, jeśli w ocenie Odwołującego postępowania prowadzone z wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp są postępowaniami prowadzonymi w reżimie ustawy Pzp,

to powoduje to wątpliwości w przedmiocie kompetencji Odwołującego do realizacji zamówienia,

Wobec tego Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że dokonana przez niego negatywna ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu oparta jest o niewłaściwą interpretację warunku, gdyż ani wykładni zaprezentowanej przez Odwołującego ani żadnej innej nie sposób zaakceptować w świetle literalnej treści warunku.

Tylko na marginesie Zamawiający wskazuje, że żaden z pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie miał wątpliwości co do warunku udziału w postępowaniu, gdyż w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego każdy przedkładał dokumenty obejmujące postępowania prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp, czyli zgodnie z treścią literalnie określonego warunku udziału w postępowaniu

Mając zatem na uwadze okoliczności faktyczne przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak też obowiązujące przepisy prawa, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 5 grudnia 2017 roku zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania dokonał zmiany SIWZ następująco:

Działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zmienia zapisy SIWZ poprzez zmianę Załącznika nr 1 do SIWZ oraz warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Rozdział IV, Podrozdział I, pkt 1 ppkt lit. b, w ten sposób, że nadaje mu nowe brzmienie:

b) zdolności technicznej lub zawodowej:

Sposób oceny spełnienia warunku: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 50.000 zł brutto każda (rozumiane jako dwie oddzielne umowy zawarte dla różnych podmiotów) polegające na udostępnieniu narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym (jako telefoniczna konsultacja w godzinach pracy podmiotu) w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały

unieważnione. Udostępnione narzędzie musi umożliwiać zamieszczanie i publikowanie dokumentacji zamówienia (m.in ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, informacji z otwarcia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej), prowadzenie aukcji elektronicznych, prowadzenie korespondencji z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz zarządzenie dostępem do danych postępowań przez wskazanych użytkowników zamawiającego i użytkowników wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (np. przetargu ograniczonym).”

Poprzednie brzmienie przepisu było następujące:

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 1 usługę (rozumianą jako jedną umowę w jednej jednostce) udostępnienia narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 5 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, a postępowania te zakończone zostały co najmniej wyborem oferty najkorzystniejszej.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów:

Warszawa, dnia 14 marca 2018 r sygn.: WZP/237/2018/PK

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., zwanej dalej ustawą Pzp), wzywa do uzupełnienia „Wykazu Usług”, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dnia 15 lutego br., w wyniku wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, został złożony przez Państwa „Wykaz usług”, który nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Postępowania prowadzone przy wykorzystaniu Państwa platformy zakupowej przez wykazane podmioty tj.: Instytut Organizacji i Zarządzania w Przemśle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie oraz Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie nie przeprowadziły wymaganych co najmniej 10 postępowań na podstawie przepisów ustawy Pzp. Poniżej Centrum przedstawia listę wszystkich postępowań prowadzonych na Państwa platformie zakupowej przez wykazane podmioty.

1. Instytut Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie

Nr postępowania	Nazwa postępowania	Uwagi
1/2018	Usługa audiowizualnej prezentacji w formie animacji informacyjna promocyjnej	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 10.000, wybór oferty najkorzystniejszej
10/2017	Usługa medycyny pracy	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, 25.000 zł., unieważniono
7/2017	Zakup, dostawa i montaż mebli biurowych	Ogłoszenie nieobowiązkowe, brak SIWZ, wartość 20.000 zł, unieważniono
8/2017	Dostawa sprzętu komputerowego	Ogłoszenie nieobowiązkowe, siwz w formie edytowalnej wartość unieważniono; 15.000 zł,
5/2017	Usługa opracowania spójnego systemu identyfikacji audiowizualnej	Ogłoszenie nieobowiązkowe, siwz formie edytowalnej, wartość 3.000 zł unieważniono
9/2017	Dostawa oryginalnych tonerów do drukarek laserowych	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 35.000 zł wybór oferty najkorzystniejszej
6/2017	Dostawa artykułów biurowych	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 2.000 zł. wybór oferty najkorzystniejszej w
4/2017	Usługa audiowizualnej prezentacji w formie animacji informacyjna promocyjne	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 10.000 zł. unieważniono w
3/2018	Usługa medycyny pracy	Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 10.000 zł., wybór oferty najkorzystniejszej

2/2018 Dostawa sprzętu komputerowego

Ogłoszenie nieobowiązkowe, SIWZ w formie edytowalnej, wartość 12.000 zł., wybór oferty najkorzystniejszej.

Wskazany podmiot do terminu składania ofert tj. 31 stycznia br. przeprowadził w sumie 10 postępowań, które zakończyły się wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Nie są to jednak postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp, czyli nie spełniają wymagania literalnie określonego w warunku udziału w postępowaniu, gdyż publikacja ogłoszeń o zamówieniu była nieobowiązkowa a wartość poszczególnych postępowań wskazują na procedurę właściwą dla wyłączenia stosowania ustawy Pzp. Ponadto zamawiający zamieszczał SIWZ w formie edytowalnej, która nie została oficjalnie zatwierdzona przez kierownika zamawiającego a w przypadku postępowania nr 7/2017 zamawiający nie zamieścił SIWZ w ogóle.

Mając na względzie powyższe Centrum nie uznaje wykazanej usługi realizowanej dla Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie jako potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

2. Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie

Nr postępowania Nazwa postępowania Uwagi

EZ/215/123/2017 Zakup dostawa nici ortopedycznych i elektrod do konizacji

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, dwa różne i rozbieżne pliki podające informacje z otwarcia ofert, wartość zamówienia 9.000 zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/130/2017 Zakup wraz z dostawą sprzętu do zabiegów operacyjnych

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 23.000 zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/125/2017 Zakup dostawa łąt hemostatycznych stosowanych podczas zabiegów laparoskopowych dla Bloku Operacyjnego

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 12.000 zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/131/2017 Zakup i dostawa implantów do zespołów ortopedycznych,

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 250.000zł., zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 3 i 4

EZ/215/124/2017 Zakup i dostawa płytek do osteotomii kości piszczelowej dla Bloku Operacyjnego

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 23.000zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1

EZ/215/127/2017 Zakup dostawa wkładów kompatybilnych do automatów kontrasty dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 100.000zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie 1

EZ/215/129/2017 Zakup i dostawę zestawu do biopsji wątroby, zgłębnika do żywienia dojelitowego oraz przyrządu do podawania żywienia

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/132/2017 Zakup j dostawa staplerów jednorazowych do zabiegów chirurgicznych

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/133/2017 Zakup dostawa siatki przepuklinowej dla Bloku Operacyjnego

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej wartość zamówienia ok. 76.000zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

EZ/215/126/2017 Zakup i dostawa implantów do zespołów w obrębie śródrcza dla Bloku Operacyjnego

Brak ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w formie edytowalnej, wartość zamówienia ok. 76.000zł, zakończone: wybór oferty najkorzystniejszej

Wskazany podmiot w grudniu 2017 r. przeprowadził w sumie 10 postępowań, które zakończyły się wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Nie można uznać tych postępowań za prowadzonych na podstawie przepisów ustawy Pzp, czyli nie spełniają wymagania literalnie określonego warunku udziału w postępowaniu, na co wskazuje przede wszystkim brak zamieszczenia ogłoszeń o zamówieniu oraz zamieszczanie SIWZ, informacji z otwarcia ofert lub informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w formie edytowalnej niezawierającej podpisu osoby, która akceptowała dany dokument. Mając na względzie

powyższe Centrum nie uznaje wykazanej usługi realizowanej dla Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie jako potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Uzupełnienie należy złożyć w formie oryginału w terminie do dnia 19 marca 2018 r. w siedzibie Zamawiającego .

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie z dokumentów wskazanych przez strony, znajdujących się w dokumentacji postępowania zamawiającego, przekazanej do akt sprawy oraz przedłożonych do pism procesowych, Izba ustaliła jak poniżej Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę dostępu do platformy zakupowej dla Jednostek Administracji Państwowej”, które podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący w obowiązującym trybie został wezwany do przedstawienia a następnie do uzupełnienia dokumentów na okoliczność posiadania doświadczenia zawodowego dwukrotnie to jest pierwszy raz w dniu 9 lutego 2018r. na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp a po raz drugi dnia 14 marca 2018 r. na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp. (treść wezwania przedstawiono powyżej w uzasadnieniu - sygn.: WZP/237/2018/PK).

Pierwsze wezwanie, do złożenia dokumentów nastąpiło za pismem Sygn. WZP/130/2018/MM na podstawie art.26 ust.2 f ustawy Pzp., to jest do przesłania wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (karta 584 – dokumentacja postępowania zamawiającego).

Przed drugim wezwaniem datowanym na 14 marca 2018 roku, zamawiający w dniu 1 marca 2014 roku za pismem Sygn. WZP/186/2018 /PK wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art.26 ust.4 ustawy Pzp dotyczących złożonego wykazu wykonanych usług na potrzeby Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie oraz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie. Pytania skierowane do odwołującego dotyczyły okoliczności i sposobu prowadzenia aukcji

elektronicznych, korespondencji z wykonawcami oraz sposobu zarządzania dostępem do danych z postępowań (dokumentacja postępowania zamawiającego – karta 484). Zamawiający również kierował pytania do obsługiwanych podmiotów przez odwołującego. W dniu 21 lutego 2018 roku zamawiający wystąpił do Dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie (pismo Sygn: WZP/152/2018/PK Wniosek o udostępnienie informacji publicznej) o przekazanie kopii umowy z odwołującym oraz przekazanie adresu strony internetowej pod którym dostępne jest narzędzie dostępu do platformy zakupowej (karta 535 dokumentacji postępowania).

W dniu 20 lutego 2018 roku zamawiający pismem pod Sygn: WZP/155/2018/PK zwrócił się do odwołującego na podstawie art.26 ust.4 ustawy Pzp. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu wykonanych usług w zakresie adresu strony internetowej pod którym dostępna jest platforma zakupowa z której korzystają wykazane przez Państwa podmioty (karta 543 – dokumentacja postępowania). Podobnie o przekazanie kopii umowy zawartej z odwołującym, podanie adresu strony internetowej pod którym dostępne jest udostępnione narzędzie pismo z dnia 20 lutego 2018 roku. do Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie (dokumentacja postępowania zamawiającego – karta 547).

Z treści wezwania z dnia 14 marca 2018 r. wynika, że zamawiający nie akceptuje jako wystarczającego do wykazania doświadczenia zawodowego „Wykazu Usług” przedstawionego przez odwołującego w myśl warunków siwz (Rozdział IV, podrozdział I, pkt 1 ppkt 1 lit. b.). Wykaz usług sporządzony przez odwołującego obejmował dwa podmioty, dla których świadczył on usługę platformy elektronicznej to jest dla Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie oraz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie. W ocenie zamawiającego nie przeprowadzono dla tych podmiotów wymaganych co najmniej 10 postępowań na podstawie przepisów ustawy Pzp z użyciem platformy elektronicznej. Zamawiający wzywając odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp. przedstawił listę wszystkich postępowań prowadzonych na platformie zakupowej przez te podmioty (pismo powyżej cytowane w uzasadnieniu). Streszczając listę, wymienionych przez zamawiającego braków wymaganych do wykazania doświadczenia zawodowego, w zakresie prowadzenia postępowania na podstawie przepisów ustawy Pzp., znajdują się na niej: brak ogłoszenia o zamówieniu jako obowiązkowego, siwz w formie edytowalnej, wartość zamówienia poniżej 30 tys. Euro. Zamawiający potwierdził, że wskazane podmioty do dnia 31 stycznia 2018 roku czyli do dnia upływu terminu składania ofert, co prawda przeprowadziły w oparciu o platformę elektroniczną po 10 postępowań, w każdym z wykazanych 2 postępowań dostarczenia platformy, ale nie spełniały one warunku prowadzenia postępowań na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Podsumowując obydwie zamówienia nie spełniły one wymogu posiadania doświadczenia jakiego wymagał zamawiający przez to, że publikacja ogłoszeń o zamówieniu była nieobowiązkowa, wartość poszczególnych postępowań wskazują na procedurę właściwą dla wyłączenia stosowania ustawy Pzp, czyli poniżej 30 tys. Euro. Ponadto zamawiający zamieszczał SIWZ w formie edytowalnej, która nie została oficjalnie zatwierdzona przez kierownika zamawiającego a w przypadku jednego z postępowań (postępowanie nr 7/2017) zamawiający nie zamieścił SIWZ w ogóle. Zamawiający stwierdził: „Mając na względzie powyższe Centrum nie uznaje wykazanej usługi realizowanej dla Instytutu Organizacji i Zarządzania w Przemysle „ORGMASZ” Instytut Badawczy w Warszawie jako potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej”. Podobnie rzecz miała się co do oceny zamawiającego z Wojewódzkim Szpitalem Podkarpackim im. Jana Pawła II w Krośnie. „Wskazany podmiot w grudniu 2017 r. przeprowadził w sumie 10 postępowań, które zakończyły się wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Nie można uznać tych postępowań za prowadzonych na podstawie przepisów ustawy Pzp, czyli nie spełniają wymagania literalnie określonego warunku udziału w postępowaniu, na co wskazuje przede wszystkim brak zamieszczenia ogłoszeń o zamówieniu oraz zamieszczanie SIWZ, informacji z otwarcia ofert lub informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w formie edytowalnej niezawierającej podpisu osoby, która akceptowała dany dokument. Mając na względzie powyższe Centrum nie uznaje wykazanej usługi realizowanej dla Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie jako potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej”. W tym stanie rzeczy zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu „Wykazu usług” do dnia 19 marca 2018 r.

Z ustalonego stanu rzeczy wynika, że zamawiający przedstawił obszerną i wyczerpującą argumentację w stanowisku do odwołującego, w którym wzywa do uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.

W związku z otrzymanym wezwaniem odwołujący wniósł odwołanie pismem z dnia 26 marca 2018 roku wnosząc o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia oferty złożonej przez odwołującego, którego treść została przytoczona powyżej.

Z kolei zamawiający za pismem z dnia 3 kwietnia 2018 roku wniósł odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości, którego treść została przytoczona powyżej.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska w całości.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z obowiązującymi postanowieniami SIWZ zamawiający ostatecznie w dniu 5 grudnia 2017 roku sformułował warunek doświadczenia zawodowego w następujący sposób:

Działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zmienia zapisy SIWZ poprzez zmianę Załącznika nr 1 do SIWZ oraz warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Rozdział IV, Podrozdział I, pkt 1 ppkt lit. b, w ten sposób, że nadaje mu nowe brzmienie:

„b) zdolności technicznej lub zawodowej:

Sposób oceny spełnienia warunku: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi o wartości co najmniej 50.000 zł brutto każda (rozumiane jako dwie oddzielne umowy zawarte dla różnych podmiotów) polegające na udostępnieniu narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym (jako telefoniczna konsultacja w godzinach pracy podmiotu) w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a postępowania te zakończone zostały wyborem oferty najkorzystniejszej lub zostały unieważnione. Udostępnione narzędzie musi umożliwiać zamieszczanie i publikowanie dokumentacji zamówienia (m.in ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, informacji z otwarcia ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej), prowadzenie aukcji elektronicznych, prowadzenie korespondencji z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu oraz zarządzanie dostępem do danych postępowań przez wskazanych użytkowników zamawiającego i użytkowników wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu (np. przetargu ograniczonym).”

W zakresie tak sformułowanego postanowienia pomiędzy stronami powstał spór na tle co należy rozumieć przez postępowania prowadzone na podstawie ustawy Pzp. Zamawiający jak powyżej przedstawiono po dokonanej analizie przywołanych doświadczeń odwołującego, w szczególności wyjaśnień uzyskanych zarówno od odwołującego jak i podmiotów na rzecz których prowadzone były postępowania ustalił, że dotyczyły one postępowań poniżej 30 tysięcy euro. Ta okoliczność, zresztą niesporna pomiędzy stronami, w ocenie zamawiającego wykluczała przedstawione doświadczenie jako potwierdzające sformułowany powyżej cytowany wymóg SIWZ.

Z kolei w ocenie odwołującego o tym czy zamówienie jest prowadzone na podstawie ustawy Pzp. nie decyduje wartość zamówienia (to jest powyżej 30 tys. Euro) tylko okoliczność, że podmiot w przedmiotowych przypadkach dysponujący środkami publicznymi nie jest zobowiązany do stosowania ustawy a ustawę dobrowolnie stosuje. Niemniej należy podkreślić, na co wskazują powyżej przedstawione wezwania odwołującego do wyjaśnień, w związku z dokonanymi ustaleniami zamawiającego u podmiotów stosujących usługę wykonaną dla tych podmiotów, że nie spełnia ona wymogów w pełni ustawy Pzp (powyżej cytowana korespondencja pomiędzy zamawiającym a odwołującym).

W ocenie Izby również nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia odwołującego, że wskutek zmiany postanowień siwz dnia 5 grudnia 2017 roku co do warunku udziału w postępowaniu, można zaliczyć do wymaganego doświadczenia zawodowego również zamówienia do 30 tys. euro (Poprzednie brzmienie przepisu było następujące: Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 1 usługę(rozumianą jako jedną umowę w jednej jednostce) udostępnienia narzędzia działającego on-line, czyli poprzez bezpośrednie połączenie z przeglądarką internetową wraz ze szkoleniem użytkowników i wsparciem technicznym w okresie trwania umowy, które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp, za pośrednictwem którego przeprowadzonych zostało co najmniej 5 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, a postępowania te zakończone zostały co najmniej wyborem oferty najkorzystniejszej).

Kwitując Izba stwierdza, że zarówno w treści postanowień obowiązujących przed 5 grudnia 2017 roku jak i po 5 grudnia 2017 roku zamawiający użył formuły jednobrzmiącej o treści „które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp” („które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp”).

Reasumując skoro zgodnie z treścią art.4 pkt 8 ustawy Pzp „ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro” to doświadczenie w zamówieniach nie przekraczających tejże kwoty, wobec postawionego warunku („które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp”) nie można zakwalifikować do postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Dotyczy to także sytuacji gdy zamawiający dobrowolnie decyduje się na stosowanie ustawy Pzp. w zamówieniach i konkursach, w których nie ma obowiązku jej stosowania (art.4 pkt 8 ustawy Pzp.) a co miało miejsce w przypadku odwołującego.

Słusznie zauważył zamawiający, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, który powołuje się na okoliczność dysponowania narzędziem spełniającym wymogi opisu przedmiotu zamówienia (próbka) jako wystarczającym do udziału w postępowaniu, ponieważ warunkiem kwalifikującym do przedstawienia próbki przedmiotu zamówienia jest posiadanie wymaganego doświadczenia w zamówieniach na podstawie ustawy Pzp. czego odwołujący nie wykazał.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy wymienionych w odwołaniu a przez to ich wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: