

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: UHC Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr. 4, 20-954 Lublin, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8** protestu z dnia 4 listopada 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum Comarch S.A., Konsultant Komputer Sp. z o.o., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokonanie powtórnej oceny wniosków.

2. Kosztami postępowania obciążyć Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr. 4, 20-954 Lublin, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8.
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: UHC Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr. 4, 20-954 Lublin, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8** na rzecz **Konsorcjum: UHC Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz przez **Konsorcjum: UHC Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „szpitalny system informatyczny.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2009 r. pod nr 2009/S 153-223731.

W dniu 4 listopada 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec: czynności wezwania Konsorcjum firm Comarch S.A i Konsultant-Komputer Spółka z o.o. (dalej Przystępujący) do uzupełniania dokumentów w postępowaniu, to jest złożenia nowego wykazu dostaw, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i referencji, potwierdzających jakość wykonanych dostaw, poprzez wcześniejsze uznanie, że złożony przez tego wykonawcę wykaz

dostaw dołączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest błędny, w taki sposób że zastosowanie ma dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wskazanego Konsorcjum. Powyższe, zdaniem Odwołującego się, narusza następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 50 ust. 1 w zw. z art. 56 ust. 2 oraz art. 57 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3. Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego, unieważnienie czynności

Zamawiającego w postaci wezwania do uzupełnień wniosku przez Przystępującego, powtórzenie czynności oceny wniosków co do wniosku Przystępującego, a w konsekwencji wykluczenie z postępowania Przystępującego w oparciu o regulacje art. 24 ust. 2 pkt 2 ewentualnie pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się podnosi, że Zamawiający błędnie interpretuje treść art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji prowadzi postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w sytuacji, gdy przy ponownej ocenie wniosków, jaką przeprowadził Zamawiający, zachodzi konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania, ponieważ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Odwołujący się wskazuje, że Przystępujący nie wykonał na rzecz SP ZOZ w Rawiczu zamówienia o parametrach podanych w oświadczeniu.

Zdaniem Odwołującego się, w sytuacji gdy Zamawiający poweźmie informacje o możliwości zaistnienia przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w toku badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, może zwrócić się do Wykonawcy tylko i wyłącznie o wyjaśnienia, w celu ustalenia stanu faktycznego w sprawie, ale nie może doprowadzić poprzez uzupełnienie dokumentów, do zastąpienia fałszywych informacji prawdziwymi.

Odwołujący się podkreśla, że uzupełnione oświadczenie dotyczy innego zamawiającego, innego zakresu dostaw i terminu realizacji. Zdaniem Odwołującego się, nie ma mowy o poprawieniu czegokolwiek, ale o całkowicie nowym oświadczeniu, którego złożenie nie mieści się w pojęciu naprawienia błędu, która to okoliczność daje podstawę do zastosowania regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący się zwraca uwagę, że już w pierwszym proteście sygnalizował niedopuszczalność zastosowania w przedmiotowej sprawie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący się uznał jednakże za prawidłową decyzję Zamawiającego ujętą w piśmie rozstrzygającym protest i mimo oddalenia protestu w części, nie wnosił od tej części odwołania, niemniej nie dlatego, że argumenty w tym zakresie były zasadne, ale dlatego, że wykluczenie Przystępującego, na tym etapie byłoby przedwczesne. Zamawiający co prawda zapowiadał, że nie przyjmuje argumentacji Odwołującego się o braku podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niemniej sama zapowiedź czynności nie jest równa czynności. Jak podkreśla Odwołujący się, protest można składać jedynie na rzeczywiście dokonaną czynność lub zaniechanie, które już nastąpiło, a nie na zamiary w tym zakresie.

Odwołujący się wskazuje ponadto, że w nowym wykazie dostaw, który złożony został na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący powołał się na dostawy wykonywane na rzecz SP ZOZ w Kościanie mimo, że w okresie wskazanym przez Przystępującego nie miały miejsca dostawy licencji w zakresie części szarej (administracyjnej), co potwierdza oświadczenie SIMPLE S.A. z dnia 19 października 2009 r., który to system posiada Szpital w Kościanie (co

wynika z załączonej referencji). Ponadto, z treści referencji nie wynika, że dostawa licencji w wymaganym zakresie zawarta jest w dostawie, na którą się powołuje się Przystępujący.

Do postępowania toczącego się w wyniku zgłoszenia protestu Przystępujący zgłosił przystąpienie, żądając oddalenia protestu.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp należy kwalifikować jako jego oddalenie, skutkiem czego Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się dodatkowo podnosi brak umocowania po stronie Barbary W do działania w imieniu Przystępującego, co zdaniem Odwołującego się prowadzi do wniosku, iż wyjaśnienia złożone przez wskazaną osobę nie mogą być brane pod uwagę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Przystępujący.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, przy uwzględnieniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc, że „w postępowaniu mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, przez co rozumie się, iż: wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują – w ostatnich 3 latach przed wszczęciem postępowania (t.j. od 6.8.2006 r. do 5.8.2009 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym czasie – co najmniej 2 zamówienia, których przedmiotem było co najmniej wdrożenie i sprzedaż licencji oprogramowania obsługującego działalność części białej (medycznej) i szarej (administracyjnej) jednostki służby zdrowia o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto każde (jeden milion złotych) lub obejmującego co najmniej 100 stanowisk komputerowych każde (...).”

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia wykazu wymaganych zamówień, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

Z wykazu dołączonego do oferty Przystępującego wynika, że Przystępujący zrealizował dwa zamówienia, jedno na rzecz Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinińskiego w Poznaniu w okresie od stycznia 2004 r. do sierpnia 2007 r. o wartości 1 807 000,00 zł, drugie na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Rawiczu w okresie od września 2005 r. do października 2007 r. o wartości 1 230 000,00 zł.

Mimo, iż Odwołujący się w piśmie z dnia 15 września 2009 r. zwrócił uwagę Zamawiającemu na wady wniosku Przystępującego w przedmiocie wadliwości umocowania p. Jakuba S do działania w imieniu lidera Konsorcjum oraz zamówienia wykonywanego na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Rawiczu, Zamawiający w żaden sposób na powyższe nie zareagował, dokonując pozytywnej oceny wniosku Przystępującego (pismo z dnia 28 września 2009 r.).

W związku z powyższym w dniu 8 października 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec zaniechania czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 22, art. 24 ust. 2 i 3, art. 50 ust. 1 w zw. z art. 56 ust. 2 oraz art. 57 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc m.in. iż „w okresie który wskazany został we wniosku Konsorcjum (...) nie została zawarta żadna umowa na taką kwotę z tym podmiotem (SP ZOZ w Rawiczu) ani nie dokonano płatności na kwotę wskazaną w wykazie”. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący się przedstawił kopię pisma z dnia 8 października 2009 r. Szpitala Powiatowego w Rawiczu Sp. z o.o., następcy prawnego SP ZOZ w Rawiczu.

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu Przystępujący podniósł, iż brak podstaw do wykluczenia go z postępowania na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż „wskazanie w wykazie wykonanych usług zamówienia realizowanego na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Rawiczu było (...) wynikiem błędu Przystępującego. Zamiast dostawy zrealizowanej na rzecz Zamawiającego Przystępujący nie wskazał zamówienia wykonanego na rzecz innego podmiotu, a mianowicie Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie, na którego rzecz zrealizowano zamówienie spełniające wymagania określone w SIWZ.” Na dowód zrealizowania zamówienia w SP ZOZ w Kościanie przedstawił list referencyjny z dnia 22 czerwca 2009 r. W tych okolicznościach, jak podniósł Przystępujący, aktualizuje się obowiązek Zamawiającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw (pismo z dnia 12 października 2009 r.).

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w ten sposób, że uwzględnił protest w części dotyczącej powtórzenia czynności oceny wniosku Przystępującego, zaś oddalił protest w części dotyczącej wykluczenia Przystępującego z postępowania, w uzasadnieniu wskazując, iż Przystępujący podał błędną informację dotyczącą usługi zrealizowanej na rzecz SP ZOZ w Rawiczu, co oznacza, że nie potwierdził przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, co w konsekwencji rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pismo z dnia 15 października 2009 r.).

W ślad za tym Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu, o którym mowa w pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, potwierdzającego spełniania warunku udziału w

postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi (pismo z dnia 22 października 2009 r.).

W odpowiedzi Przystępujący przedstawił nowy wykaz, w którym wskazał realizację dwóch zamówień, z których pierwsze było tożsame z tym wymienionym w pierwotnym wykazie, zaś jako drugie zostało wymienione zamówienie na rzecz SP ZOZ w Kościanie, które obejmowało „wdrożenie i sprzedaż licencji i oprogramowania obsługującego działalność części białej – medycznej i szarej administracyjnej jednostki służby zdrowia. Dostawa, konfiguracja, wdrożenie i szkolenia użytkowników Zintegrowanego Systemu Informatycznego Eskulap i systemu administracyjnego SIMPLE, ponad 100 stanowisk komputerowych.” Przystępujący wskazał również, iż przedmiot zamówienia został wykonany w okresie od marca 2005 r. do grudnia 2007 r. (pismo z dnia 23 października 2009 r.). W celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia Przystępujący przedstawił list referencyjny z dnia 22 czerwca 2009 r.

W tym stanie faktycznym Zamawiający dokonał ponownej oceny wniosku Przystępującego stwierdzając, iż „w wyznaczonym terminie Wykonawca dostarczył żądane dokumenty i są one zgodne z żądaniem tj. potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz uprawnienie do występowania w imieniu konsorcjum i składania w jego imieniu oświadczeń i dokonywania potwierdzeń.” Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o dopuszczeniu Przystępującego do dalszego postępowania, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 27 października 2009 r.

Wobec wskazanej czynności Zamawiającego, Odwołujący się wniósł w dniu 4 listopada 2009 r. protest, w którym podniósł, iż dopuszczenie Przystępującego do udziału w postępowaniu jest wynikiem wadliwych czynności podjętych przez Zamawiającego w postaci wezwania do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której doszło do złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Pismem z dnia 6 listopada 2009 r. Odwołujący się poinformował Zamawiającego o umowach jakie zawarł uczestnik przystępującego konsorcjum, przedkładając pismo SP ZOZ w Kościanie z dnia 5 listopada 2009 r.

Wobec powyższego Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie realizacji zamówienia na rzecz SP ZOZ w Kościanie (pismo z dnia 10 listopada 2009 r.), wskazując, iż „termin, w jakim wskazują Państwo realizację był krótszy niż okres, w którym można było legitymować się doświadczeniem, czyli zamknięty jest okresem do grudnia 2007 r. i wszelkie usługi zrealizowane pomiędzy 1 stycznia 2008 r. a 5 sierpnia 2009 r. (koniec okresu poddawanego weryfikacji) – w świetle informacji podanych w wykazie – nie mogą być brane pod uwagę. W związku z powyższym prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, iż usługa podana w wykazie przedstawionym dla potrzeb potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu dotycząca inwestycji SPZOZ w Kościanie zawiera

prawdziwe dane – w szczególności co do zakresu wdrożonego oprogramowania i terminu wdrożenia.”

W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił (pismo z dnia 12 listopada 2009 r.), iż „usługa wykonana dla tego Zamawiającego (przyp. SP ZOZ) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, tj. w okresie 06.08.2006 r. do 05.08.2009 r. – została zrealizowana przez Konsultant Komputer Sp. z o.o. w następującym zakresie przedmiotowym: wdrożenie i sprzedaż licencji oprogramowania obsługującego działalność części białej – medycznej i szarej – administracyjnej jednostki służby zdrowia, obejmującej ponad 100 stanowisk komputerowych.” Dodatkowo Przystępujący przedłożył „faktury VAT potwierdzające okoliczność, iż realizacja w/w usług obejmowała licencje w ilości powyżej 100 stanowisk komputerowych”.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 181 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Cytowany przepis stanowi wyraz dążenia ustawodawcy do stworzenia w ustawie Pzp regulacji, która wykazuje pewne podobieństwo do instytucji *res iudicata* w postępowaniu cywilnym. Chodzi bowiem o zagwarantowanie pewności prawa i zapobieżenie sytuacjom, w których dochodzi do

wznawiania sporów między tymi samymi stronami w tym samym przedmiocie. Ustawodawca dając wykonawcy możliwość kwestionowania postępowania zamawiającego na drodze środków ochrony prawnej przyjął, że decyzja zamawiającego podjęta w wyniku rozstrzygnięcia protestu co do sposobu jego rozstrzygnięcia w zakresie żądań wiązać będzie strony, jeżeli nie zostanie zakwestionowana poprzez wniesienie odwołania w tym konkretnym postępowaniu protestacyjno-odwoławczym.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to tyle, iż Odwołującemu się nie przysługiwało uprawnienie do objęcia protestem (z dnia 4 listopada 2009 r.) czynności, która została dokonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 8 października 2009 r. Bezsporne jest, iż w proteście z dnia 8 października 2009 r. Odwołujący się domagał się powtórnej oceny wniosku Przystępującego, która doprowadzi do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zamawiający rozstrzygając protest nie zadośćuczynił żądaniu Odwołującego się stwierdzając, iż powtórzy czynność oceny wniosku Przystępującego, jednakże nie w celu wykluczenia go z postępowania, bowiem przesłanki do podjęcia wskazanej czynności w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający nie znalazł. Natomiast Zamawiający stwierdził tego rodzaju wadliwość wniosku, która może być usunięta przez Przystępującego poprzez uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określonych oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw i postanowił dokonać oceny wniosku w oparciu o ewentualnie uzupełnione oświadczenia i dokumenty. Zamawiający w sposób jasny

wyartykułował swoje stanowisko i zgodnie z zapowiedzią, zawartą w rozstrzygnięciu protestu, dokonał czynności tam wskazanych.

W tej sytuacji Odwołującemu się, z mocy przepisu art. 181 ust. 6 ustawy Pzp nie przysługuje legitymacja do kwestionowania czynności, których dokonanie w istocie Odwołujący się zaaprobował poprzez swoją bezczynność. Odwołujący się mógł skutecznie kwestionować czynność wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z dnia 8 października 2009 r.

Za niezrozumiałe i niekonsekwentne należy uznać stanowisko Odwołującego się, który z jednej strony podnosi, iż nie wniósł odwołania od oddalenia protestu w części nie dlatego, że argumenty przytoczone w rozstrzygnięciu były zasadne, ale ponieważ wykluczenie Przystępującego na tym etapie byłoby przedwczesne, z drugiej zaś strony Odwołujący się zarzuca zaniechanie właśnie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania, a jednym z żądań protestu było dokonanie tej czynności. Jednocześnie Odwołujący się nie był uprawniony do przyjęcia, wbrew swoim twierdzeniom, iż zapowiedź powtórzenia oceny wniosku doprowadzi do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Wręcz przeciwnie, z treści rozstrzygnięcia protestu Odwołujący się powziął informację, iż działania Zamawiającego zmierzają w zupełnie innym kierunku.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego się, iż przedmiotem protestu są działania, jak i bezczynność zamawiającego, a nie jego zamiary (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże niniejsze stwierdzenie pozostaje bez wpływu na ocenę przedmiotowego stanu faktycznego. Odwołujący się pomija bowiem fakt, iż od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie przysługuje więc od decyzji Zamawiającego, która w istocie stanowi zapowiedź przyszłych jego działań. Zaniechanie czynności w postaci wniesienia odwołania powoduje, iż dalsze czynności zamawiającego, które są skutkiem rozstrzygnięcia protestu i których zamiar podjęcia Zamawiający wyartykułował nie mogą być wzruszane, w świetle art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, w drodze kolejnych środków ochrony prawnej, których przedmiotem jest ta sama czynność.

Wobec powyższego Izba nie dokonała rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak legitymacji po stronie Wykonawcy do podnoszenia przedmiotowych zarzutów skutkuje brakiem podstaw do podjęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie.

W tych okolicznościach oceny wymaga kwestia prawidłowości decyzji Zamawiającego w przedmiocie dopuszczenia Przystępującego do udziału w postępowaniu w oparciu o uzupełniony wykaz dostaw potwierdzający doświadczenie Przystępującego. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty te zawierają błędy, z zastrzeżeniem przepisu

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oznacza to, iż jeśli dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Ustanowienie przez ustawodawcę wskazanej normy prawnej stanowi wyraz tego, że instytucja uzupełniania dokumentów stanowi wyjątek od reguły, iż co do zasady wykonawca na etapie składania ofert lub wniosku jest obowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca dopuszczając jednakże możliwość dokonywania uzupełnienia dokumentów określił konsekwencje zaniechania w tym zakresie. Skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania następuje w sytuacji, w której na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Rozstrzygające znaczenie ma zatem okoliczność, czy przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie warunku, a nie fakt, że warunek ten obiektywnie wykonawca spełnia, jeśli na etapie uzupełnienia dokumentów i wobec ich treści twierdzenia tego nie da się wyprowadzić.

W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący w zakresie zamówienia na rzecz SP ZOZ w Kościanie wskazał, iż realizował je w latach 2005-2007. W toku udzielonych wyjaśnień, z pewnością pod wpływem argumentacji powoływanej przez Odwołującego się na dalszym etapie postępowania, Przystępujący zmienił zadanie oświadczając, iż w istocie zakres zamówienia zrealizowany we wskazanym okresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w przedmiocie doświadczenia, jednakże kontynuacja realizacji tego zamówienia w roku 2008 pozwala na stwierdzenie spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

Zatem, skoro Przystępujący sam przyznał, iż uzupełniony wykaz nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu, bowiem usługa wskazana w przedmiotowym wykazie realizowana na rzecz SP ZOZ w Kościanie nie odpowiada wymogom Zamawiającego, oznacza to konieczność wykluczenia go z postępowania. Na etapie składania wyjaśnień Przystępującemu nie przysługuje uprawnienie do wykazania w istocie innego zamówienia, przy zachowaniu tożsamości podmiotu zamawiającego.

Zwrócić należy uwagę, iż ustawodawca zagwarantował wykonawcom możliwość sanowania braków w postaci dokumentów lub błędów w dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw poprzez możliwość ich uzupełnienia. Jednakże wyjątkowość tego rozwiązania powoduje, iż kolejne błędy w tym zakresie nie podlegają naprawieniu. Wykonawca, który składa ofertę, czy też wniosek musi mieć świadomość, iż wszelkie jego oświadczenia i czynności wywołują określone skutki i obciążają wykonawcę. Z powyższego powinien tym bardziej zadawać sobie sprawę wykonawca, który składa na wezwanie zamawiającego dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Na tym etapie postępowania musi dojść do ostatecznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia wykonawcy. Ewentualne

wyjaśnienia odnośnie uzupełnionych dokumentów nie mogą prowadzić do zmiany treści złożonych dokumentów.

W niniejszym postępowaniu Przystępujący składając wyjaśnienia w istocie wskazał inne zamówienie przy zachowaniu tożsamości podmiotu zamawiającego. Takie działanie Przystępującego nie zasługuje na ochronę. Przystępujący na drodze wyjaśnień chciałby dokonać zmiany złożonego w uzupełnionym wniosku oświadczenia, które to oświadczenie zostało w sposób przemyślany zawarte w wykazie. Przystępujący wykazał bowiem zamówienie, w odniesieniu co do którego miał możliwość wykazania należytego wykonania zamówienia i co przyznał Przystępujący na rozprawie, licząc na to iż kompatybilność oświadczenia i listu referencyjnego nie wzbudzi wątpliwości Zamawiającego i zostanie przez niego przyjęta. Twierdzenie w tych okolicznościach, iż złożone oświadczenie jest błędne nie znajduje uzasadnienia i budzi sprzeciw wobec takiego zachowania Przystępującego. Tym bardziej, iż w wyjaśnieniach Przystępujący modyfikuje cały okres realizacji zamówienia, ograniczając go do ram wskazanych przez Zamawiającego (trzy lata przed dniem wszczęcia postępowania), uświadomiwszy sobie, iż pierwotnie podany termin nie mieści się w okresie wymaganym przez Zamawiającego.

Argumentacja Przystępującego zmierzająca do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie ma znaczenia w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ocenie podlega uzupełniony dokument i informacje tam zawarte, a te jak wskazano wyżej nie potwierdzają spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Gdyby przyjąć za trafne stanowisko Przystępującego w istocie doszłoby do obejścia wskazanego przepisu prawa i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Sposób działania Przystępującego wyraźnie pokazuje, iż w przypadku jego akceptacji, wykonawca składając

wyjaśnienia, poprzez które wskazuje inną usługę referencyjną, w konsekwencji po pierwsze doprowadziłby niejako do przywrócenia terminu do uzupełnienia dokumentów, po drugie doprowadziłby do możliwości wielokrotnego uzupełniania dokumentów. W tym miejscu zauważyć należy, iż zastrzeżenie, jakie Przystępujący uczynił w piśmie z dnia 12 listopada 2009 r., zawierającym wyjaśnienia, iż nie powodują one istotnych zmian treści wniosku, jest nie do przyjęcia. Wskazując na usługę w uzupełnieniu wniosku, w istocie Przystępujący wskazał, biorąc pod uwagę oświadczenie SP ZOZ Kościan co do umów zawartych z Konsultant Komputer Sp. z o.o., na zamówienie realizowane w ramach umowy z dnia 1 października 2005 r. i 2 stycznia 2007 r., zaś wyjaśnienia dotyczą okresu od 6 sierpnia 2006 r. do 5 sierpnia 2009 r., tj. umów z dnia 2 stycznia 2007 r., 2 stycznia 2008 r. i 2 stycznia 2009 r. Powyższe dobitnie dowodzi, iż w wyjaśnieniach mowa jest o innym zamówieniu, zarówno z uwagi na przedmiot, jak i okres realizacji. Zgodzić należy się z Przystępującym, iż jak podnosi w przedmiotowym piśmie, „celem badania i wyjaśnienia treści wniosków, czy ofert jest uzyskanie informacji o rzeczywistym zakresie realizowanych dostaw i usług”. Jednakże wyjaśnienia nie mogą kreować nowych

oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mogą odnosić się jedynie do treści zawartych we wniosku i uzupełnieniu. Wyrażnie na to również wskazał Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, stwierdzając, że „wszelkie usługi zrealizowane pomiędzy 1 stycznia 2008 r. a 5 sierpnia 2009 r. (koniec okresu poddawanego weryfikacji) – w świetle informacji podanych w wykazie – nie mogą być brane pod uwagę”. Podkreślić należy, iż wyjaśnienia mogą dotyczyć jedynie kwestii nieprecyzyjnych treści dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie nowych okoliczności przytaczanych na potwierdzenie przedmiotowych warunków. Wyjaśnienia mają służyć dokonaniu oceny dokumentów już złożonych, nie mogą zaś ich zastępować. Wszelkie zatem próby wykazania przez Przystępującego spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu na dalszym etapie, niż uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podobnie jak zabiegi Odwołującego zmierzające do wykazania okoliczności przeciwnej, w tych okolicznościach należy uznać za bezprzedmiotowe.

W odniesieniu do zarzutu braku umocowania do działania przez p. Barbarę W, stwierdzić należy, że Odwołujący się okoliczności tej nie wykazał.

Reasumując norma wynikająca z przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zakłada prekluzję w sensie formalnym i merytorycznym, co oznacza, że przedstawienie dokumentów po upływie terminu nie wywołuje skutku prawnego. Z tych względów zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Zaś, zarzut naruszenia przepisów art. 50 ust. 1 w zw. z art. 56 ust. 2 oraz art. 57 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. W opinii Izby, Zamawiający zastosował się do dyspozycji wynikających z norm zawartych we wskazanych przepisach.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 oraz 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*