

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

WYROK
z dnia 11 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **2 lutego 2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych **28 stycznia 2011 r.** przez:

A. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna, 00-222 Warszawa, ul. Sanguszkii 1 (sygn. akt KIO 171/11),

B. Gildia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B (sygn. akt KIO 172/11),

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, 02-781 Warszawa, ul. Pileckiego 63**

przy udziale:

- Sygnity Spółki Akcyjnej, 02-486 Warszawa, ul. Aleje Jerozolimskie 180

- WASKO Spółki Akcyjnej, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Consortia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), 2) ON TRACK INNOVATIONS LTD., Z.H.R. Industrial Zone, Rosh Pina 12000 (Izrael), 3) ASEC Spółki Akcyjnej, 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5, 4) Trusted Informations Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41a

– zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 171/11 i KIO 172/11,

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

- Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych Spółki Akcyjnej, 00-222 Warszawa, ul. Sanguszkii 1, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 172/11

orzeka:

1. Oddała odwołanie wniesione przez Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie.
2. Uwzględniła odwołanie wniesione przez Gildia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.
3. Kosztami postępowania obciąża Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) – kwot wpisów uiszczonych przez odwołujących, w tym:
 - A. koszty w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonych przez **Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie,**
 - B. koszty w wysokości **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonych przez **Gildia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **22200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście

złotych zero groszy), w tym:

- A.** koszty w wysokości **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie**, stanowiącej uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenia pełnomocnika,
- B.** koszty w wysokości **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie** na rzecz **Gildia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, stanowiącej koszty

2

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

3

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego”.

19 stycznia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do postępowania – informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, z której wynikało, iż warunki udziału spełniło 4 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu: 1) Konsorcjum w składzie: Consortia spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), ON TRACK INNOVATIONS LTD. z siedzibą w Z.H.R. Industrial Zone w Izraelu, ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie, Trusted Informations Consulting spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, (zwane dalej również „Konsorcjum Consortia” lub „Przystępującym Konsorcjum Consortia”), 2) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej również „PWPW” „Odwołującym PWPW” lub „Przystępującym PWPW”), 3) Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej również „Sygnity” lub „Przystępującym Sygnity”), 4) WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (zwana dalej również „WASKO” lub „Przystępującym WASKO”), natomiast dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostało wykluczonych z postępowania: 1) Konsorcjum w składzie: DGT spółka z o.o. z siedzibą w Straszynie (lider konsorcjum – pełnomocnik wykonawców), Allami Nyomida Nyrt z siedzibą w Budapeszcie na Węgrzech, Challenge Card Design Plastikkarten GmbH z siedzibą w Ratingen w Niemczech (zwane dalej „Konsorcjum DGT”), 2) Gildia spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie.

28 stycznia 2011 r. Odwołujący: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego „polegającej na wyborze do dialogu konkurencyjnego” wykonawców: Konsorcjum Consortia, Sygnity oraz WASKO, „poprzez uznanie, że (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu zamówieniowym”.

4

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 60d ust. 2 ustawy pzp w związku z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności uznania, że wykonawcy: Konsorcjum Consortia, Sygnity oraz WASKO spełniają warunki udziału w postępowaniu i wybrania tych wykonawców do zaproszenia do dialogu konkurencyjnego.
2. Wykluczenia wykonawców: Konsorcjum Consortia, Sygnity oraz WASKO z postępowania, jako wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w nim określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

W stosunku do czynności Zamawiającego – dopuszczenia do dialogu konkurencyjnego Konsorcjum Consortia:

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie wykonanych dostaw kart ID (sekcja III.2.1 pkt 1.1 lit. a ogłoszenia) do Republiki Konga przedstawiono dokument (referencje) wystawiony przez firmę Zoupanos Consulting z Lozanny w Szwajcarii, prowadzonej jednoosobowo przez Frederica Zoupanos. Referencja ta jest wystawiona na firmę NAGRA ID, która miała być dostawcą 6,02 mln kart dla Republiki Konga w ciągu 2 lat. Jako osobę kontaktową wskazano płk. B., rzekomo specjalnego doradcę MSW Republiki Konga. Przedłożone referencje należy uznać za niewiarygodne, ponieważ brak jest referencji ze strony odbiorcy kart ID – organów Republiki Konga, a wykonanie 6,02 mln kart ID dla Republiki Konga, która liczy 3,7 mln ludności wydaje się bardzo wątpliwe. Wobec tego dokument referencyjny mający potwierdzać spełnienie przez warunków udziału w postępowaniu – w istocie tego nie potwierdza jako dokument niewiarygodny, wątpliwy i bardzo trudny do weryfikacji z punktu widzenia dostaw dla Republiki Konga.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie wykonanych dostaw blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży wyposażonych w mikroprocesor, załączono dokument (referencje) odnoszący się do praw jazdy dla Republiki Tanzanii, który nie może mieć zastosowania w przedmiotowym postępowaniu (sekcja III.2.1 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia), gdyż prawo jazdy (zgodnie z przepisami prawa polskiego mającego zastosowanie do przedmiotowego postępowania) nie jest dokumentem tożsamości lub dokumentem podróży. Na dowód wykonania powyższej dostawy załączono kopię umowy z 2009 r. i artykuł prasowy, nie przedstawiono natomiast w szczególności żadnego dokumentu wystawionego przez odbiorcę powyższych praw jazdy.

5

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Ponadto przedstawiona kopia umowy obejmuje dostawę tylko 913.000 sztuk praw jazdy, a więc mniej niż 1.000.000 sztuk blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży wyposażonych w mikroprocesor, która to wielkość stanowiła warunek konieczny do spełnienia.

Pomimo niewiarygodności powyższych referencji mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający z naruszeniem ustawy pzp i ogłoszenia o zamówieniu nie zakwestionował tych referencji i uznał, że Konsorcjum Consortia spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W stosunku do czynności Zamawiającego – dopuszczenia do dialogu konkurencyjnego Sygnity:

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączono referencje z dostaw praw jazdy dla Republiki Federalnej Niemiec, bez podania wielkości dostaw za ostatnie 3 lata, a podana wielkość obejmuje okres od 1999 r., zamiast od dnia 8 grudnia 2007 r., na podstawie dokumentu poświadczającego wykonanie dostaw wystawionego w dniu 14 marca 2008 r., nie obejmującego w szczególności okresu od dnia 15 marca 2008 r. do dnia 8 grudnia 2010 r. Powyższe referencje mogłyby być odniesione do warunku określonego w sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. a ogłoszenia, jednakże nie są wiarygodne w stosunku do warunku przedstawienia ich za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, tj. w okresie od dnia 8 grudnia 2007 r. do dnia 8 grudnia 2010 r., gdyż nie są dowodem wykonania dostaw przedmiotowych praw jazdy w żądanym przez Zamawiającego okresie.

Referencje z dostaw dowodów osobistych dla Republiki Federalnej Niemiec, zostały podane w stosunku do dostaw dowodu osobistego starego typu, tj. w formie karty laminowanej z rdzeniem papierowym, a nie grawerowanej laserowo. Ponadto Wykonawca na podstawie dokumentu poświadczającego wykonanie dostaw wystawionego w dniu 24 stycznia 2008 r., który to dokument nie obejmuje okresu od dnia 25 stycznia 2008 r. do dnia 8 grudnia 2010 r., nie przedstawił dowodu na okoliczność, czy powyższe dostawy referencyjne obejmują również nowy, elektroniczny dokument grawerowany laserowo. W związku z powyższym przedmiotowe referencje są niewiarygodne.

Referencje z dostaw paszportów biometrycznych dla Wenezueli, które dotyczą sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. b ogłoszenia, określają dostawę strony poliwęglanowej, a nie obejmują gotowej książeczki paszportowej, na co wskazuje sama treść tych referencji. W konsekwencji nie można tych referencji wykorzystać, gdyż nie dotyczą dokumentu podróży, tylko jego części (poliwęglanowej strony personalizowanej). Referencje nie zawierają również ilości dostarczonej strony poliwęglanowej, a tym samym nie mogą stanowić dowodu

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

na okoliczność dostarczenia deklarowanej w wykazie dostaw ilości. W referencjach brak jest potwierdzenia dostaw przez klienta końcowego, co czyni je niewiarygodnymi.

Referencje z dostaw paszportów biometrycznych dla Bośni i Hercegowiny stanowią, iż w 2009 r. została powierzona Spółce Bundesdruckerei produkcja 1,6 mln paszportów biometrycznych w okresie 4 lat. W referencjach brak jest dowodu na okoliczność wielkości faktycznie zrealizowanych dostaw w okresie 2009-2010. Dokument poświadczający wykonanie zamówienia nie stanowi dowodu na podstawie, którego można ustalić ilość wykonanych dostaw. W związku z powyższym przedmiotowe referencje są niewiarygodne.

W stosunku do czynności Zamawiającego – dopuszczenia do dialogu konkurencyjnego WASKO:

Wykonawca Wąsko S.A. nie udowodnił w złożonym wniosku wykonania w wymaganym okresie dostaw na podstawie punktu sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. a ogłoszenia, tj. w zakresie udowodnienia dostaw blankietów wielowarstwowych, przeznaczonych do techniką WASKO na skutek personalizacji grawerowania laserowego. wezwania Zamawiającego przedstawiło dodatkowe referencje na podstawie których Zamawiających uznał spełnienie przez wykonawcę powyższego warunku. Odwołujący PWPW na dzień składania odwołania nie miał dostępu do powyższych referencji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący PWPW również stawia zarzut niespełnienia warunku z sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. a ogłoszenia przez WASKO.

19 stycznia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał również wykonawcy Gildia spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 pzp.

28 stycznia 2011 r. Odwołujący: Gildia spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp i niezgodne z prawem wykluczenie

Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo tego, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył wymagane dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie ich spełniania.

2. Art. 24 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 26 ust. 2b i ust. 3 pzp i niezgodne z prawem uznanie, iż wykonawcy: Konsorcjum Consortia, Sygnity oraz WASKO, spełniają warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż warunków tych nie spełniają, oraz niezgodne z prawem wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz uznanie za skuteczne zobowiązania o przekazaniu potencjału na podstawie art. 26 ust. 2b pzp, a co za tym idzie zaniechanie

7

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

wykluczenia tych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. Przepisów pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum DGT z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu wszystkich wymienionych w uzasadnieniu odwołania przyczyn.

Odwołujący Gildia wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Zaproszenia Odwołującego do dalszego etapu procedury przetargowej.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż treść złożonego przez niego oświadczenia „została zmodyfikowana w stosunku do wzoru stanowiącego załącznik nr 4A do wzoru Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Dalej Zamawiający stwierdza, iż należało złożyć oświadczenie o posiadaniu świadectwa bezpieczeństwa. Tymczasem z treści ogłoszenia o zamówieniu, a konkretnie z sekcji III.1.4 pkt 2) wynika, iż Zamawiający wymaga, aby wykonawca lub jego pełnomocnik posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego. W związku z powyższym Odwołujący nawiązał współpracę z podmiotem, który spełnia wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu i złożył oświadczenie, o treści: „oświadczam, że mój pełnomocnik posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego”. Zarzut Zamawiającego, iż treść tego oświadczenia jest niezgodna z przygotowanym wzorem oświadczenia, nie zasługuje na poparcie. Istotna jest bowiem treść oświadczenia – to co ono wyraża – a nie jego formuła, czy trzymanie się wzoru. Brak również podstawy prawnej w przepisach pzp, aby złożenie oświadczenia niezgodnego z wzorem, mogło stać się przyczyną wykluczenia z postępowania. Owa „niezgodność”, polegająca przy tym na użyciu przywołanej powyżej frazy, zamiast frazy zawartej we wzorze: „oświadczam, że posiadam świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego”. Jest to jednak konsekwencją dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości posiadania tego świadectwa przez pełnomocnika wykonawcy. Zamawiający wskazuje, iż wobec faktu, że Odwołujący ubiega się o zamówienie samodzielnie, brak jest możliwości ustanowienia pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 pzp. Tymczasem z żadnego postanowienia sekcji III.1.4 ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, iż chodzi o pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 pzp, a wręcz przeciwnie. Odwołujący spełnił wymaganie tam zawarte gdyż pełnomocnik Odwołującego posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, a stosowne do tej okoliczności oświadczenie zostało złożone Zamawiającemu.

Odnosząc zarzut Zamawiającego, iż: „śadna z dostaw (...) nie obejmuje dostaw blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży zgodnie z przepisami prawa

8

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

polskiego”. Warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w sekcji III.2) ogłoszenia o zamówieniu. Brak w tych postanowieniach wymagania, iż dostawa blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży ma być dostawą „zgodnie z przepisami prawa polskiego”, abstrahując od tego, iż gdyby takie wymaganie znalazło się w ogłoszeniu o zamówieniu to byłoby niezgodne z przepisami pzp, w szczególności zaś z przepisami prawa wspólnotowego. Dostawy, które potwierdzają doświadczenie wykonawcy są dostawami dokumentów tożsamości zgodnie z przepisami prawa lokalnego dla odbiorcy dostawy.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, iż dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. a i b, ponieważ „nie

potwierdzają spełniania warunków (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 8 grudnia 2010 r.”. Wskazane przez Odwołującego w wykazie dostawy są w toku realizacji, stanowią świadczenia okresowe. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu – w przypadku świadczeń okresowych – wykonawca przedstawia wykaz wykonywanych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Stwierdzić zatem należy, iż każda ze wskazanych dostaw mieści się w wyznaczonym warunkiem okresie. Natomiast zgodnie z warunkiem zawartym w ogłoszeniu w sekcji III.2.1 pkt 2.1. „do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy w nim ujęte zostały wykonane lub są wykonywane należycie”. Każda z załączonych referencji potwierdza należyte wykonanie dostaw. Referencje te zostały opatrzone datami odpowiednio 15 i 22 grudnia 2010 r., bowiem zostały wystawione po upływie terminu składania wniosków i złożone Zamawiającemu w wyniku uzupełnienia dokumentów. Nie można jednak utożsamiać daty wystawienia dokumentu z okolicznościami, które taki dokument potwierdza. Dokumenty te potwierdzają należyte wykonanie dostaw od początku (w wykazie dostaw wskazano daty wykonania, w tym ich początek) do dnia wystawienia dokumentu, tj. odpowiednio do 15 i 22 grudnia 2010 r. Zatem dokumenty te nie tylko potwierdzają należyte wykonanie dostaw na dzień upływu terminu składania wniosków, tj. 8 grudnia 2010 r., ale również na dzień np. 8 grudnia 2009 r., 8 grudnia 2008 r. itd., potwierdzają bowiem należyte wykonywanie dostaw w całym tym okresie. A zatem, jeżeli wymagane jest potwierdzenie czegoś mniej, tym bardziej dopuszczalne jest potwierdzenie czegoś więcej. Najistotniejszej jest jednak to, iż w myśl przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz przywołanego już wyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, nie odnoszą się do żadnej daty. Zadaniem referencji jest bowiem, tylko i wyłącznie, potwierdzenie należytego wykonania (lub wykonywania) zamówienia. Nie ma wątpliwości, że złożone przez Odwołującego dokumenty wymagane powyższe spełniają. Zatem twierdzenie Zamawiającego dotyczące referencji, iż „Także treść ww. dokumentów nie potwierdza

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu 8 grudnia 2010 r.”, nie ma oparcia w rzeczywistym stanie faktycznym, a poza tym jest przejawem nie znajdującego oparcia w przepisach pzp pomieszczenia instytucji prawnych. Czym innym jest bowiem wykaz wykonanych (lub wykonywanych) dostaw, czym innym natomiast referencje. Nie może być wątpliwości, iż wykaz dostaw potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, potwierdzają to również referencje, ale z dat ich wystawienia Zamawiający wyciąga wnioski nie znajdujące oparcia w przepisach prawa oraz zasadach logiki. Ze złożonego wykazu dostaw jednoznacznie wynika, iż dostawy i odpowiadające im wartości są dostawami zrealizowanymi przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zgodnie z ogłoszeniem), czyli przed dniem 8 grudnia 2010 roku. Referencje potwierdzają natomiast, iż dostawy z wykazu zostały wykonane należycie – zgodnie z przepisami pzp oraz orzecznictwem referencje nie muszą potwierdzać terminów, wolumenu, ani np. wartości realizowanych dostaw.

W odniesieniu do WASKO:

Wykonawca ten powołuje się w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na doświadczenie podmiotu o nazwie: 3M SPSSL z siedzibą w Chadderton w Wielkiej Brytanii. Tymczasem podmiot ten nie figuruje w angielskim rejestrze przedsiębiorstw. Tym samym, brak jest podstaw do przyjęcia, iż WASKO na użytek przedmiotowego postępowania może posługiwać się doświadczeniem tego podmiotu, a co za tym idzie, spełnia warunki udziału w postępowaniu (wobec utajnienia wykazu dostaw, Odwołujący przyjmuje, że brak możliwości powołania się przez WASKO na doświadczenie tego podmiotu skutkuje niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu).

Dokument złożony przez WASKO dotyczący braku zaległości w opłacaniu podatków jest niekompletny – na formularzu zamieszczono adnotację, że w celu uzyskania informacji dotyczącej podatku akcyzowego, należy zwrócić się do odpowiedniego organu. Innymi słowy dokument dotyczy jedynie części zobowiązań podatkowych, a co za tym idzie nie potwierdza braku zaległości podatkowych w zakresie wymaganym przez przepisy pzp.

W odniesieniu do Sygnity:

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został podpisany przez Pana Sylwestra J. Tymczasem udzielone tej osobie przez Sygnity S.A. pełnomocnictwo nie obejmuje umocowania do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp zobowiązania o udostępnieniu potencjału przez Bundesdruckerei oraz Bundesdruckerei International Services. Tymczasem brak jest w przepisach pzp podstawy prawnej do wezwania do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (uprawnienia takiego nie przyznaje również art. 26 ust. 3 pzp). Przyjąć zatem należy, że czynność Zamawiającego została

10

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

dokonana niezgodnie z prawem, a w konsekwencji uznać należy, powołane zobowiązanie za niezłożone (bezskuteczne w przedmiotowym postępowaniu). To z kolei oznacza, iż Sygnity nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do Konsorcjum Consortia:

Konsorcjum Consortia złożyło we wniosku oświadczenie przed notariuszem na okoliczność, iż OTI Ltd. nie podlega postępowaniom upadłościowym i likwidacyjnym. Tymczasem w Izraelu, gdzie OTI Ltd. ma siedzibę, wydawane są stosowne zaświadczenia dot. przedmiotowych okoliczności. Zaświadczenia takie wydaje Ministerstwo Sprawiedliwości Izraela (Syndyk Główny). Oznacza to, iż Konsorcjum Consortia nie złożyło wymaganych dokumentów i nie wykazało, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsorcjum Consortia powołuje się na doświadczenie podwykonawcy – NegralD, na tę okoliczność złożyło we wniosku oświadczenie tego podmiotu. Analiza przedmiotowego oświadczenia prowadzi do wniosku, iż zakres prac wskazanych w oświadczeniu nie koresponduje z przedmiotem zamówienia. Oznacza to, iż brak jest podstaw do uznania takiego oświadczenia za spełniające wymagania art. 26 ust. 2 b pzp. Brak jest zatem podstaw do uznania, iż Konsorcjum Consortia może posługiwać się doświadczeniem NegralD, a co za tym idzie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na żadne z odwołań.

Na skutek wezwania Zamawiającego z 31 stycznia 2011 r. i przekazania kopii odwołania Odwołującego PWPW, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 171/11 następujący wykonawcy:

- Sygnity (1 lutego 2011 r.),
- WASKO (1 lutego 2011 r.),
- Konsorcjum Consortia (3 lutego 2011 r.),
- wnosząc o oddalenie odwołania.

śadna ze Stron nie kwestionowała interesu wykonawców: Sygnity, WASKO oraz Konsorcjum Consortia w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego każdy z tych wykonawców zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie z zachowaniem wymogu przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp). Wobec tego Izba dopuściła ich do udziału

11

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 171/11 jako uczestników tego postępowania (przystępujących).

31 stycznia 2011 r. na skutek wezwania Zamawiającego z 28 stycznia 2011 r. i przekazania kopii odwołania Odwołującego Gildia, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 172/11 następujący wykonawcy:

- Sygnity ,

- WASKO,
- Konsorcjum Consortia
- wnosząc o oddalenie odwołania.

Ładna ze Stron nie kwestionowała interesu wykonawców: Sygnity, WASKO oraz Konsorcjum Consortia w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego każdy z tych wykonawców zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie z zachowaniem wymogu przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp). Wobec tego Ładna dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 172/11 jako uczestników tego postępowania (przystępujących).

31 stycznia 2011 r. do Prezesa Krajowej Łbzy Odwoławczej zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Gildia w sprawie sygn. akt 172/11 Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. , wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie wykluczenia wykonawców w nim wskazanych.

Ładna na podstawie przepisu art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję Zamawiającego przeciwko przystąpieniu PWPW, gdyż Zamawiający zgłaszając opozycję nie uprawdopodobnił, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Gildia, po stronie którego zgłosił przystąpienie. Zamawiający podniósł bowiem, iż PWPW nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Gildia, gdyż treść przystąpienie wskazuje na to, że jest zainteresowany zmniejszeniem konkurencji w postępowaniu, co stanowi interes ujemny, który nie mieści się w ramach interesu, który należy wykazać, a ponadto niezależnie od rozstrzygnięcia Łbzy w tej sprawie PWPW nie będzie miała interesu do wniesienia skargi na to orzeczenie.

Ładna zważyła, iż interes jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 pzp). Nie ma w szczególności podstaw do ustalania istnienia tego interesu przez pryzmat interesu do antycypowanej przez

12

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Zamawiającego czynności wniesienia przez PWPW skargi na orzeczenie w niniejszej sprawie, które jeszcze nie zostało wydane. PWPW wskazała w zgłoszeniu przystąpienia, iż ma interes w wykluczeniu wykonawców: Sygnity, WASKO oraz Konsorcjum Consortia, to jest tych samych wykonawców, których wykluczenia domaga się w swoim odwołaniu. Skoro Zamawiający nie podważał interesu PWPW we wniesieniu odwołania zmierzającego wyłącznie do wyeliminowania z postępowania tych wykonawców, to nie może skutecznie podważyć interesu PWPW w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Gildia. Przepisy pzp nie przewidują instytucji przystąpienia do części odwołania, tak jak nie ma możliwości przystąpienia w części po stronie zamawiającego, a w części po stronie odwołującego, zatem za każdym razem zgłaszający przystąpienie decyduje, w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść której strony ma „większy” interes. Nie sposób odmówić PWPW interesu w popieraniu odwołania podnoszącego dodatkowe, w stosunku do własnego odwołania, zarzuty skierowane przeciwko tym samym wykonawcom.

Uwzględniając powyższe oraz fakt zgłoszenia przez PWPW przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Ładna dopuściła PWPW w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego Gildia w sprawie sygn. akt KIO 172/11 jako uczestnika tego postępowania (przystępującego).

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych i wpisy zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Ładnę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu przez Strony, Ładna przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący poparli w całości wniesione odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań, a Przystępujący w danej sprawie poparli stanowisko Stron, do których przystąpili.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczeń i stanowisk wyrażonych na rozprawie w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

13

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9 listopada 2010 r. pod nr 2010/S_217-332956, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił to ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.cpi.mswia.gov.pl), która została wskazana w treści ogłoszenia.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 9 listopada 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

W ocenie Izby zarówno Odwołującemu PWPW jak i Odwołującemu Gildia przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp mają zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Odwołujący PWPW ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do dialogu, który został oceniony jako dający podstawę do zaproszenia do udziału w nim, a zatem ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia jednemu z wykonawców, których dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu. Izba nie podziela w tym zakresie pojawiającego się stanowiska (wyrażonego np. przez Przystępującego Konsorcjum Consortia), iż odwołujący znajdujący się w takiej sytuacji, wobec tego, że sam został zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu, nie może wykazać elementu szkody z art. 179 ust. 1 pzp. Takie stanowisko prowadziłoby do pozbawienia wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowań dwuetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny), jakiegokolwiek możliwości składania odwołań na naruszenie przez zamawiających przepisów związane z zaniechaniem wykluczenia innych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i mają zostać zaproszeni do dalszego w nim udziału, gdyż podnoszenie takich zarzutów na późniejszym etapie postępowania, w szczególności po wyborze oferty najkorzystniejszej, byłoby spóźnione z uwagi na upływ zawitego terminu na wniesienie odwołania określonego w art. 182 pzp.

14

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Również Odwołujący Gildia ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do dialogu. Natomiast bezpodstawne wykluczenie przez Zamawiającego z postępowania naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego: wzoru wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wzoru oświadczenia dotyczącego poświadczania

bezpieczeństwa oraz wyjaśnień nr 2 treści ogłoszenia z 1 grudnia 2010 r., wypełnionych na dzień orzekania druków protokołu postępowania, wniosków złożonych przez wykonawców: Sygnity, WASKO, Konsorcjum Consortia oraz Gildia, wraz z pismami Zamawiającego wzywającymi do ich uzupełnienia oraz udzielonymi przez tych wykonawców odpowiedziami i uzupełnionymi dokumentami, oraz innych pism i dokumentów wymienionych i omówionych w treści uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz złożonych na piśmie i wyrażonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie sygn. akt. KIO 171/11 oraz zarzuty odwołania w sprawie sygn. akt KIO 172/11 dotyczące Przystępujących: Sygnity, Wasko oraz Konsorcjum Consortia – nie zasługują na uwzględnienie. Natomiast odwołanie w sprawie sygn. akt. KIO 172/11 zostało uwzględnione z uwagi na potwierdzenie się zarzutów dotyczących niezasadności wykluczenia z postępowania Odwołującego Gildia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła kluczową dla obu odwołań treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określoną w w sekcji III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu *Warunki udziału. Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego*:

„1. Zamawiający wymaga, aby wykonawca spełniał poniższe warunki:

1.1 Wykonawca musi wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. należytych wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w

15

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej jednej dostawy co najmniej 5 000 000 sztuk blankietów wielowarstwowych, przeznaczonych do personalizacji techniką grawerowania laserowego

i

b) co najmniej jednej dostawy co najmniej 1 000 000 sztuk blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży wyposażonych w mikroprocesor”.

Nadto Izba ustaliła w toku rozprawy, iż Zamawiający przeprowadził badanie i ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.1 pkt 1.1 (zarówno w stosunku do elementu z litery „a” jak i „b”) w następujący sposób. W razie uznania, że jedna z pozycji wykazu dostaw potwierdza spełnienie danego elementu warunku udziału w postępowaniu, nie badał już dalszych pozycji wykazu. Choć w dokumentacji postępowania nie zostało to odzwierciedlone, Zamawiający wskazał na rozprawie, które pozycje z wykazów przystępujących po jego stronie wykonawców (Konsorcjum Consortia, Sygnity oraz WASKO) zbadał i uznał za potwierdzające spełnianie warunku w stosunku do elementu „a” i „b” warunku. Jednocześnie Zamawiający w ogóle odstąpił od punktowania wniosków w celu ustalenia rankingu wykonawców najlepiej spełniających warunki udziału w postępowaniu, co znalazło odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania w zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków. Zdaniem Zamawiającego złożenie mniejszej liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (sześciu), niż liczba wykonawców, których Zamawiający zobowiązał się zaprosić do dialogu (siedmiu), uprawniała go do takiego postępowania.

Powyższe ustalenia mają w następujące konsekwencje dla sposobu rozpoznania przez Izbę zarzutów odwołania Odwołującego PWPW dotyczących spełnienia przez wykonawców przystępujących po stronie Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu wskazanego w sekcji III.2.1 pkt 1.1 lit. a i b. Stwierdzenie przez Izbę, iż Zamawiający błędnie ocenił daną dostawę jako potwierdzającą spełnianie warunku, musiałoby spowodować konieczność powtórzenia badania i oceny wniosków przez Zamawiającego. Jednocześnie brak w odwołaniu zarzutów przeciwko tej jednej dostawie uznanej przez Zamawiającego za

wystarczającą na potwierdzenie danego elementu warunku, powoduje konieczność uznania zarzutu jego niespełnienia za niezasadny. Izba wzięła powyższe ustalenia pod uwagę rozpoznając zarzuty odwołania w sprawie sygn. akt KIO 171/11. Z uwagi na to, że z mocy przepisu art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, takiemu sposobowi rozpoznania zarzutów Odwołującego PWPW nie stoi na przeszkodzie, iż Odwołujący Gildia również podniósł w swoim odwołaniu zarzuty dotyczące

16

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

niespełnienia przez Przystępujących po stronie Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zarzuty podniesione w sprawie sygn. akt KIO 172/11 nie pokrywają się z zarzutami podniesionymi przez Odwołującego PWPW, gdyż sprowadzają się do kwestionownia potwierdzenia posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia z uwagi na naruszenie przepisu art. 26 ust. 2 b pzp.

I. Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum Consortia:

[KIO 171/11]:

Izba stwierdziła, iż w zakresie spełniania elementu „b” warunku z sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia Odwołujący PWPW nie podniósł żadnych zastrzeżeń do poz. 2 wykazu „Elektroniczne dokumenty tożsamości dla Republiki Ekwadoru” z wolumenem dostaw na poziomie 2 000 000. Tymczasem Zamawiający na podstawie tej dostawy stwierdził, iż Przystępujący Konsorcjum Consortia spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wobec tego zarzuty odwołania skierowane przeciwko poz. 3 wykazu „Elektroniczne mikroprocesorowe dokumenty Prawa Jazdy dla obywateli Tanzanii – projekt w trakcie realizacji”, nie podważają prawidłowości oceny spełniania warunku w zakresie lit. „b” przez Zamawiającego, który dodatkowo wskazał na rozprawie, iż oczywistym jest, że dostawa z wolumenem określonym poniżej wymaganego 1 mln sztuk nie mogła być zaliczona na poczet potwierdzenia spełniania warunku.

W zakresie spełniania elementu „a” warunku z sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia Odwołujący PWPW wskazał wyłącznie na niewiarygodność referencji (związanej z liczbą ludności oraz wystawieniem przez jednoosobową spółkę ze Szwajcarii) załączonej na potwierdzenie dostawy wskazanej w poz. 1 wykazu „Dostawa blankietów wielowarstwowych, przeznaczonych do personalizacji techniką grawerowania laserowego – Narodowy Dowód Tożsamości dla obywateli Congo”, nie wskazując ani w odwołaniu, ani na rozprawie żadnych konkretnych dowodów podważających fakt wykonania wskazanego w wykazie wolumenu dostaw 6,02 mln sztuk przez NAGRA ID na rzecz Zoupanos Counsulting. Pomimo wskazania w wykazie obok tej ostatniej firmy również Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Republiki Konga (ze stolicą w Brazzaville), bezpośrednim odbiorcą dostaw był wystawiający referencje Zoupanos Consulting. Błędne jest przy tym stanowisko Odwołującego, iż w takim przypadku, skoro przedmiot dostaw był przeznaczony do użycia na potrzeby wykonania dokumentów tożsamości Republiki Konga, Zamawiający winien domagać się referencji od tak rozumianego „odbiorcy końcowego”, to jest Republiki Konga. W orzecznictwie i doktrynie nie budzi bowiem wątpliwości dopuszczalność wykazywania się zamówieniami realizowanymi na rzecz bezpośredniego odbiorcy dostaw (tu Zoupanos Consulting), nawet jeżeli użytkownikiem końcowym przedmiotu dostaw był inny podmiot (tu Republika Konga).

17

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Ponadto Przystępujący Konsorcjum Consortia ujawnił na rozprawie (pismo z 2 lutego 2011 r. od Zoupanos Consulting), iż w rzeczywistości było tu jeszcze więcej ogniw pośrednich, gdyż Zoupanos Consulting jako podmiot odpowiedzialny za koordynację projektu oraz kontrolę jakości zakupiła blankiety na rzecz Cides Invest & Trade Ltd. z siedzibą w Lozannie (Szwajcaria), która była Głównym Dostawcą rządu Konga. Wyjaśnienie to w żaden sposób nie zmienia, a wręcz potwierdza, stan faktyczny wynikający z załączonego do wniosku Konsorcjum Consortia wykazu i referencji – NAGRA ID wykonała dostawy blankietów na rzecz odbiorcy Zoupanos Consulting. Odwołujący nie podniósł żadnych zastrzeżeń do złożonego na rozprawie pisma, wystawionego przez ten sam

podmiot co referencja. Nie wiadomo również na jakiej podstawie z faktu, iż Zoupanos Consulting jest prowadzona w określonej formie organizacyjno-prawnej (tzw. jednoosobowa spółka), należy wywodzić negatywne skutki dla Przystępującego Konsorcjum Consortia. Natomiast sam fakt, iż ludność tego państwa liczy mniej (według różnych danych prezentowanych na rozprawie od 3,7 do 4,1 mln ludzi) niż 6,02 mln nie jest podstawą do wyciągnięcia innego wniosku, niż taki, że Republika Konga zamówiła dostawę blankietów z zapasem na przyszłość, co nie oznacza, że wytworzono na chwilę obecną więcej dokumentów niż jest obywateli. Nie ma również podstaw dla zakładania z góry, iż dostawy związane z programami dotyczącymi dokumentów w określonym rejonie świata, są niewiarygodne. Jeżeli Odwołujący dysponował odpowiednimi dowodami to powinien nimi poprzeć swoje ogólnikowe stwierdzenia o niewiarygodności tych referencji.

[KIO 172/11]:

Nie potwierdził się zarzut Odwołującego Gildia, iż w Izraelu wystawia się dokument potwierdzający, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, który należało złożyć zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów”). Odwołujący nie przedstawił na poparcie swojego twierdzenia żadnego dowodu poza wydrukiem z powszechnie dostępnej strony internetowej, potwierdzający fakt istnienia ogólnodostępnej elektronicznej bazy ogłoszeń Syndyka Głównego Ministerstwa Sprawiedliwości Państwa Izrael, co nie było sporne między Stronami. Natomiast Przystępujący Konsorcjum Consortia złożył na rozprawie pisemne oświadczenie izraelskiego adwokata Zvi Cohena z 1 lutego 2011 r. Odwołujący Gildia, ani Przystępujący PWPW nie podważali na rozprawie wiarygodności tego dokumentu. W ocenie Izby opinia lokalnego prawnika dodatkowo potwierdza, iż stanowisko Odwołującego Gildia, iż w Izraelu wydaje się dokumenty w zakresie dotyczącym likwidacji i upadłości, jest błędne. Nie została zatem podważona prawidłowość postąpienia w przypadku podmiotu z siedzibą w Państwie Izrael w

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

sposób przewidziany w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Jednocześnie wobec braku w odwołaniu innych zarzutów skierowanych przeciwko przedstawionemu przez Konsorcjum Consortia oświadczeniu złożonym przed notariuszem przez osoby upoważnione do reprezentacji Spółki OTI w zakresie tych okoliczności niepodlegania wykluczeniu z postępowania, Izba nie była uprawniona do badania jego prawidłowości jako dokumentu odpowiadającego wymogom wskazanym w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.

Odwołujący nie wskazał na rozprawie w jaki sposób zarzut opisany zdawkowo i enigmatycznie w odwołaniu jako „zakres prac wskazanych w oświadczeniu nie koresponduje z przedmiotem zamówienia” miałby powodować, iż oświadczenie firmy NagralD nie spełnia wymagań art. 26 ust. 2b pzp. Z uwagi na to, że zarzut ten został ledwie zarysowany w ten sposób w odwołaniu, nie mógł być uwzględniony przez Izbę, gdyż obowiązkiem Odwołującego było wskazanie na czym polega naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego.

II. Zarzuty dotyczące wniosku Sygnity:

[KIO 171/11]:

Izba stwierdziła, iż w zakresie spełniania elementu „b” warunku z sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia Odwołujący PWPW nie podniósł żadnych zastrzeżeń do poz. 3 wykazu „Paszporty i paszporty biometryczne z mikroprocesorem Republiki Federalnej Niemiec z wolumenem dostaw wskazanym w wykazie jako „>80 mln dokumentów (w tym ca. 15 mln paszportów biometrycznych). Tymczasem Zamawiający na podstawie tej dostawy ocenił, iż Przystępujący Sygnity spełnił warunek udziału w postępowaniu. Wobec tego zarzuty odwołania dotyczące poz. 2 wykazu „Paszporty biometryczne z mikroprocesorem Bośni i Hercegowiny” oraz poz. 5 wykazu „Wenezuelskie Paszporty biometryczne z mikroprocesorem”, nie podważają prawidłowości oceny spełniania warunku w zakresie lit. „b” dokonanej przez Zamawiającego – wyłącznie na podstawie badania poz. 3 wykazu.

W zakresie spełniania elementu „a” warunku z sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia, zarzuty Odwołującego PWPW dotyczą, po pierwsze: poz. 1 wykazu „Prawa jazdy Republiki

Federalnej Niemiec z wolumenem dostaw i datami wykonania wskazanym w wykazie w następujący sposób: „40 mln dokumentów” oraz „02.01.1999” (początek) i „ciągły” (koniec), po drugie: poz. 4 wykazu „Dowody osobiste i dowody osobiste z mikroprocesorem Republiki Federalnej Niemiec”. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, iż dokonał oceny spełniania przez Przystępującego warunku na podstawie badania poz. 1 wykazu, wobec tego Izba również w tym przypadku rozpoznała zasadność zarzutów odwołania w zakresie czynności badania dokonanej przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, iż wszystkie zastrzeżenia

19

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

Odwołującego odnośnie poz. 1 z wykazu załączonego do wniosku Przystępującego Sygnity, nie mają oparcia ani w treści warunku wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w przepisach ustawy pzp i przepisach wykonawczych do niej.

Po pierwsze, błędne jest stanowisko Odwołującego PWPW, iż wymagane jest by referencje potwierdzały wykonywanie dostaw „ciągłych” aż do terminu składania wniosku. Z danych zawartych w wykazie wynikać ma bowiem potwierdzenie spełniania warunku, przy czym może to nastąpić wcześniej niż przed dniem, w którym przypada termin składania wniosku. Natomiast uprawnienie wykonawców do wykazywania się wymaganym doświadczeniem uzyskanym aż do terminu składania wniosków, nie oznacza obowiązku wykazania się przez wykonawców wskazujących dostawy niezakończone, potwierdzenia ich należytego wykonywania aż do tego terminu. Pomijając okoliczność, iż w takim przypadku, obiektywnie rzecz ujmując, musiałby być to referencje uzyskane specjalnie na potrzeby konkretnego postępowania i mogłyby zostać złożone dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie ma takiego wymagania ani w obowiązujących przepisach dotyczących zamówień publicznych, ani w treści ogłoszenia o zamówieniu sformułowanym przez Zamawiającego. Natomiast zupełnie inaczej przedstawiałaby się sytuacja, gdyby wykazano, iż w okresie pomiędzy datą wystawienia referencji a terminem składania wniosków zaszły okoliczności świadczące o nienależytym wykonaniu takiej dostawy ciągłej. Odwołujący PPW nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów wskazujących na takie okoliczności, wobec tego nie podważył zasadności uznania przez Zamawiającego referencji sporządzonej 14 grudnia 2008 r.

Po drugie, nie znajduje oparcia w treści warunku zawartego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, iż wymagany wolumen dostaw (dla elementu „a” warunku 5 mln sztuk) ma być wykonany w okresie trzech lat przed terminem składania wniosków, w ten sposób, że dla dostaw rozpoczętych wcześniej niż trzy lata wstecz przed tym terminem zaliczeniu podlega wyłącznie liczba sztuk przypadająca na 3-letni okres referencyjny. Przy braku takiego zastrzeżenia, powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie dopuszczalność wykazywania się dostawami, których realizacja rozpoczęła się wcześniej, uznając za rozstrzygające by moment ich zakończenia lub trwania przypadał nie dawniej niż 3 lata wstecz przed wymaganym terminem. Zważyć bowiem należy, iż 3-letni okres wskazany przez Zamawiającego jest niczym więcej tylko odzwierciedleniem postanowień rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, które pozwala na żądanie wskazania doświadczenia nabytego nie dawniej niż 3 lata wstecz przed terminem składania wniosków.

Natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów podważających fakt, iż dostawa z poz. 1 wykazu Przystępującego Sygnity jest wykonywana od 1999 roku. Odwołujący nie zajął również stanowiska odnośnie pewnej rozbieżności pomiędzy wykazem,

20

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

gdzie wskazano ponad 40 mln sztuk a treścią referencji, w której mowa jest o 33 mln sztuk. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie usuwa jednak złożony przez Przystępującego Sygnity na rozprawie dokument referencyjny z 28 września 2010 roku, w którym zaktualizowano liczbę wykonanych praw jazdy na ten dzień na ponad 39 mln sztuk. Dowodzi to jednocześnie, iż nawet w okresie od 14 grudnia 2008 r. do 28 września 2010 r., w całości przypadającym w okresie trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a więc zgodnie z poglądem Odwołującego, wykonano 6 mln sztuk dokumentów.

[KIO 172/11]:

Izba uznała za bezpodstawny zarzut Odwołującego Gildia, iż wniosek Przystępującego Sygnity o dopuszczenie do udziału w dialogu został podpisany przez pełnomocnika, który nie miał umocowania do dokonania tej czynności. Izba ustaliła, iż do wniosku Przystępującego Sygnity zostało załączony dokument pełnomocnictwa z 30 listopada 2010 r., w którego treści zarząd tej spółki akcyjnej ustanowił „pełnomocnika w osobie Pana Sylwestra J.”, któremu udzielił „pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Sygnity w postępowaniu”, którego tryb, nazwa i numer sprawy zostały dokładnie opisane. Ponadto w dalszej części dokumentu wskazano, iż „niniejsze pełnomocnictwo obejmuje również umocowanie do” i tu wymieniono w czterech punktach: po pierwsze, wnoszenie przysługujących środków ochrony prawnej, jak również zgłaszanie przystąpień, po drugie, wnoszenia pism do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Krajowej Izby Odwoławczej i sądu okręgowego, po trzecie, reprezentowanie na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed sądem okręgowym, po piąte, cofanie wniesionych odwołań oraz skarg – w stosunku do wszystkich tych czynności wskazując, iż są związane z konkretnym opisanym powyżej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, iż osoba fizyczna, która została umocowana przez organ upoważniony do reprezentacji osoby prawnej do samodzielnej reprezentacji tej osoby prawnej w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest uprawniona między innymi również do złożenia w imieniu tej osoby prawnej wniosku o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu. Izba nie znalazła żadnych podstaw do uznania, iż Sylwester J. nie był umocowany do podpisania wniosku o dopuszczenie do dialogu prowadzonego przez Zamawiającego w imieniu Sygnity S.A.

W ocenie Izby niesłuszne jest również stanowisko Odwołującego Gildia, iż niedopuszczalne jest w trybie art. 26 ust. 3 pzp uzupełnianie samego dokumentu zobowiązania do udostępniania zasobów, co ma w niniejszej sprawie ma powodować niespełnienie przez Przystępującego Sygnity warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia i zdolności finansowych.

21

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

W toku badania złożonych wniosków Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 pzp Przystępującego do udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawienia w tym celu pisemnego zobowiązania podmiotów: Bundesdruckerei GmbH oraz Bundesdruckerei International Services GmbH (obie niemieckie spółki z siedzibą w Berlinie, których nazwy występowały w dokumentach załączonych do wniosku), do oddania mu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi w określonym terminie Przystępujący Sygnity przedstawił dwa oświadczenia z 7 grudnia 2010 r. podpisane w imieniu każdej z tych spółek dotyczące udostępnienia wiedzy i doświadczenia (obie spółki) oraz zdolności finansowych (tylko Bundesdruckerei GmbH).

W ocenie Izby wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b dokument dotyczący potwierdzenia dysponowania zasobami podmiotów trzecich, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp tak jak każdy inny dokument dotyczący potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec konieczności zaliczenia dokumentu tego rodzaju za mieszczący się w kategorii dokumentów opisanych w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, bez znaczenia jest czy został on odrębnie wymieniony w rozporządzeniu wykonawczym w sprawie rodzaju dokumentów wydanym na podstawie delegacji zawartej w ust. 2 art. 25 pzp. Odmienne interpretacja prowadziłaby do wniosku, iż wobec niewymienienia tego rodzaju dokumentu dotyczącego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w rozporządzeniu wykonawczym, zamawiający nie mają prawa, nie tylko wzywania do uzupełnienia takich dokumentów, ale w ogóle do żądania ich załączenia do składanych wniosków lub ofert. Jednocześnie skoro ustawodawca przyznał wykonawcom możliwość powoływania się na zasoby udostępniane przez podmioty trzecie, to tym samym mają oni prawo i obowiązek przedłożenia odpowiednich dokumentów we wniosku lub w ofercie albo, jeżeli tego nie uczynili lub złożone dokumenty zawierają błędy – na skutek wezwania do uzupełnienia tych dokumentów.

Wobec tego Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego Gildia, iż Zamawiający z

naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 pzp wezwał Przystępującego Sygnity do uzupełnienia dokumentu zobowiązania do udostępnienia mu zasobów przez Bundesdruckerei GmbH oraz Bundesdruckerei International Services GmbH.

III. Zarzuty dotyczące wniosku WASKO:

[KIO 171/11]:

Odnosnie elementu „a” warunku z Sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia Izba nie stwierdziła, iż Zamawiający nie miał podstaw do oceny, iż wykonawca ten potwierdził spełnianie warunku w złożonym wykazie i referencjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa,

22

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

której Odwołujący nie kwestionował, opierając zarzut wyłącznie na fakcie wezwania Przystępującego WASKO w zakresie lit. „a” warunku przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.

[KIO 172/11]:

Nie potwierdził się zarzut Odwołującego Gildia, iż Przystępujący WASKO nie może na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powoływać się na doświadczenie podmiotu o nazwie: 3M SPSL z siedzibą w Chadderton w Wielkiej Brytanii, gdyż nie dowiódł, iż firma 3M SPSL nie istnieje, zatem wykonawca nie może powoływać na jej doświadczenie. Tymczasem zarówno z dokumentów jawnych jak i objętych przez tajemnicą przedsiębiorstwa we wniosku Przystępującego WASKO, wynika, iż taki podmiot ak istnieje i działa aktualnie pod firmą 3M Security Printing and Systems Limited. Dodatkowo wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozwił złożony przez Przystępującego WASKO na rozprawie dokument z oficjalnego Rejestratora Spółek dla Anglii i Walii (Comanies House), z którego wynika, iż spółka ta jest zarejestrowana pod nr 3658741, a 10 października 2006 dokonano wpisu dotyczącego zmiany nazwy z Security Printing And Systems Limitet na aktualnie obowiązującą.

Niesłuszny jest również zarzut Odwołującego Gildia, iż zaświadczenie dotyczące braku zaległości w opłaceniu podatków załączone do wniosku WASKO jest niekompletne, gdyż nie potwierdza braku zaległości w zakresie podatku akcyzowego. Z przepisu art. 24 ust. 1 pzp wynika, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków lub opłat, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Choć to zamawiający wskazuje dokumenty w ogłoszeniu dokumenty jakich żąda, to ich rodzaje są ściśle określone wydanym na mocy delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów. W zakresie dotyczącym niezaleganiu z opłacaniem podatków zamawiający może żądać złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z § 2 ust. 1 rozporządzenia, które obejmuje swoim zakresem w pełni podatki i opłaty, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp. Poza tym oświadczeniem zamawiający może domagać się złożenia dokumentu, o którym mowa w przepisie § 2 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia. Zakres podatków i opłat objętych tym dokumentem został określony między innymi przez wskazanie jako organu wydającego to zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Wobec tego wyłącznie podatki mieszczące się we właściwości rzeczowej i miejscowej naczelnika urzędu skarbowego mogą być objęte zakresem wydanego oświadczenia. Odwołujący nie kwestionował, iż zaświadczenie załączone do wniosku WASKO zostało wydane przez niewłaściwego miejscowo naczelnika. Natomiast nie znajduje oparcia w przepisach ustawy pzp,

23

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

rozporządzenia a także postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu domaganie się, by zaświadczenie wydane przez naczelnika urzędu skarbowego miało potwierdzać niezaleganie z płatnością podatku akcyzowego, dla którego właściwym rzeczowo są naczelnik urzędu celnego i dyrektorzy izby celne wyznaczone przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, co wynika z ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym. Przystępujący WASKO przedstawił w tym zakresie na rozprawie w pełni przekonujące

urzędowe wyjaśnienie od Naczelnika Drugiego Śląskiego Urzędu Skarbowego w Bielsku-Białej, które znajduje oparcie w obowiązujących przepisach dotyczących podatków, w tym w przepisach ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, w zakresie sposobu postępowania z podaniami dotyczącymi spraw podlegających właściwości różnych organów podatkowych, co wyjaśnia w pełni rzeczywiste znaczenie kwestionowanej przez Odwołującego Gildia adnotacji dotyczącej podatku akcyzowego.

IV. Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego Gildia [KIO 172/11]:

W ocenie Izby potwierdził się zarzuty odwołania co do niezasadności wykluczenia przez Zamawiającego odwołującego Gildia sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z trzech powodów wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu.

Izba nie stwierdziła, iż treść oświadczenia złożonego przez wykonawcę jest niezgodna z treścią sekcji III.1.4 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu - *Inne szczególne warunki*, którym podlega realizacja zamówienia:

„1) Zamawiający informuje, że w toku przedmiotowego postępowania oraz w toku realizacji zawartej w jego wyniku umowy, wystąpią informacje niejawne w rozumieniu ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych.

2) Zamawiający wymaga, aby wykonawca lub jego pełnomocnik posiadał, ważne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia w rozumieniu art. 66 ust. 1 w związku z art. 66 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych lub oświadczył, iż przedłoży przedmiotowe świadectwo bezpieczeństwa najpóźniej w dniu rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego;

3) Zamawiający wymaga, aby każda z osób uczestniczących w imieniu wykonawcy w dialogu konkurencyjnym w zakresie określonym w pkt. 1 posiadała poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” w rozumieniu ustawy z dnia 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych”.

Izba stwierdziła, iż jedyna istniejąca niezgodność oświadczenia złożonego przez Odwołującego Gildia to wyłącznie niezgodność z proponowanym wzorem oświadczenia

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, o którym to wzorze ogłoszenie wprost nie wspomina – w *Informacjach dodatkowych* ogłoszenia zawarta jest jedynie informacja, że wzór wniosku dostępny jest na tej stronie, a w treści tego wzoru znajduje się dopiero odesłanie do wzoru oświadczenia dotyczącego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego (załącznik 4A). W ocenie Izby zamieszczony wyłącznie na stronie internetowej Zamawiającego wzór nie stanowi integralnej części ogłoszenia o zamówieniu, lecz jest formularzem pomocniczym, który miał ułatwiać wykonawcom złożenie kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający chciał uczynić treść oświadczeń zawartych w tym wzorze za wiążącą wykonawców, to powinien był zamieścić ją w treści samego ogłoszenia o zamówieniu. Ponieważ tego nie uczynił, istotne jest czy treść oświadczenia złożonego przez Odwołującego Gildia jest zgodna z wymaganiem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.1.4 pkt 2), a nie z niewiążącą propozycją Zamawiającego sformułowania treści takiego oświadczenia, niezawartą w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie mają zatem znaczenia późniejsze perswazyjne zabiegi Zamawiającego, który na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp wezwał do uzupełnienia „oświadczenia o treści zgodnej z wzorem stanowiącym załącznik nr 4A do wzoru Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, a następnie w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia uznał niezgodność treści złożonego oświadczenia z tym wzorem za tożsamą z niezgodnością z treścią sekcji III.1.4 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Z kolei fakt, iż Odwołujący nie zaskarżył tak sformułowanego wezwania do uzupełnienia dokumentu i złożył oświadczenie na potwierdzenia wymagania z ogłoszenia, świadczy tylko o tym, iż pomimo takiego brzmienia wezwania był w stanie zidentyfikować o jakie wymaganie Zamawiającemu może chodzić. Wbrew stanowisku Zamawiającego prezentownym na rozprawie zarzut odwołania nie dotyczy spóźnionego kwestionowania brzmienia ogłoszenia czy wezwania do uzupełnienia dokumentu, lecz bezpodstawnego wykluczenia za oświadczenie respektujące treść ogłoszenia.

Zdaniem Izby z sekcji III.1.4 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wynika wyłącznie wymaganie posiadania przez wykonawcę lub jego pełnomocnika świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ważnego na dzień składania wniosków lub złożenia w tym zakresie oświadczenia, iż takie świadectwo zostanie przedłożone najpóźniej w dniu rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego. Wobec tego oświadczenie Odwołującego Gildia, z którego wynika, zarówno, iż jego pełnomocnik posiada takie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, jak i to, że świadectwo to zostanie przedstawione najpóźniej w dniu rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego, czyni zadość z nawiązką tak postawionemu wymaganiu. Izba wzięła pod uwagę, iż w treści ogłoszenia nie wskazano wprost, iż jest to wymaganie dotyczące posiadania przez wykonawców uprawnień do wykonywania określonej

25

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

działalności lub czynności, o którym mowa w art. 22 ust.1 pzp, a zatem wymaganie może być egzekwowane tylko w takim zakresie w jakim zostało sformułowane w ogłoszeniu. W zakresie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pzp, ogłoszenie wskazuje bowiem, iż dla ich potwierdzenia należy złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie na formularzu zgodnym z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do wzoru wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (sekcja III.2.1 *Warunki udział – Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego*, pkt. 1.2 i 2.2), czyli oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast wymaganie związane ze świadectwem przemysłowym zostało zamieszczone w pkt. 2 sekcji III. 1.4 *Warunki dotyczące zamówienia – Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia*, obok wymagań z pkt. 3 dotyczącego posiadania przez każdą z osób uczestniczących w imieniu wykonawcy w dialogu posiadania poświadczenia bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” – przy czym z pkt. 1 wynika, iż oba wymagania związane są z przewidywanym przez Zamawiającego wystąpieniem w toku postępowania oraz w toku realizacji zawartej umowy informacji niejawnych w rozumieniu ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych.

Jest to o tyle istotne, iż w treści tego szczególnego warunku sformułowanego przez Zamawiającego mowa jest o posiadaniu świadectwa przemysłowego przez „wykonawcę lub jego pełnomocnika”, natomiast wzór oświadczenia zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego przewiduje tylko do wyboru opcję złożenia oświadczenia jako „wykonawca” albo „pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, a zatem w niepełnym zakresie uwzględnia możliwe konfiguracje podmiotowe w świetle ogłoszenia o zamówieniu. Nigdzie bowiem w treści ogłoszenia o zamówieniu nie stwierdzono, że „jego pełnomocnik”, czyli pełnomocnik wykonawcy oznacza „ich pełnomocnika” czyli pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a było to niezbędne wobec tego, że zaimek osobowy użyty w liczbie pojedynczej nie prowadzi to takiej możliwości odczytania.

Wbrew stanowisku Zamawiającego udzielone przez niego odpowiedzi na pytania nr 2, 4 i 7 zawarte w wyjaśnieniach nr 2 treści ogłoszenia o zamówieniu z 1 grudnia 2010 r. nie doprowadziły do jednoznacznego wyjaśnienia przez niego w sposób zaprezentowany w uzasadnieniu wykluczenia i na rozprawie. Na pytanie nr 2 o treści: „W przypadku złożenia wniosku o dopuszczenie do składania ofert i w późniejszym etapie oferty przez konsorcjum podmiotów czy wystarczy że jeden z członków konsorcjum będzie posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia (...), czy też każdy członek musi posiadać je oddzielnie?”, Zamawiający wyjaśnił, że w takim przypadku „wystarczy, że

26

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia (...), ważne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, będzie posiadał jeden z tych Wykonawców, tj. ich pełnomocnik”. W ocenie na pytanie dotyczące tego czy w sytuacji złożenia wniosku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczające będzie posiadanie świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez

jednego z tych wykonawców, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej, z zastrzeżeniem, że musi to być ten spośród tych wykonawców, który jest ich pełnomocnikiem. Jest to zatem odpowiedź wyjaśniająca wyłącznie konkretną sytuację podmiotową wynikającą z pytania. Na drugie pytanie zamieszczone pod nr 4 o treści: „Czy w przypadku, gdy (...) dwóch wykonawców reprezentuje pełnomocnik wystarczy, żeby świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego posiadał tylko pełnomocnik w sytuacji, gdy wykonawcy takiego świadectwa nie posiadają oraz czy w dalszym etapie postępowania kończącym się zawarciem umowy z Zamawiającym wykonawcy mogą nie mieć powyższego świadectwa, w przypadku reprezentowania ich przez pełnomocnika posiadającego powyższe świadectwo?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż w takim przypadku „wystarczy, aby świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia (...), ważne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiadał tylko ich pełnomocnik. W dalszym etapie postępowania, kończącym się zawarciem umowy, pozostali Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie muszą posiadać ww. świadectwa (...), jeżeli posiada je ich pełnomocnik”. W ocenie Izby Zamawiający, być może nie rozumiejąc istoty pytania, które ponownie dotyczyło wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale tym razem w sytuacji, gdy reprezentuje ich pełnomocnik niebędący jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (co jest dopuszczalne w świetle art. 23 pzp) - potwierdził możliwość posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego tylko przez pełnomocnika. Tak rozumiana odpowiedź mieści się jednak w ramach warunku opisanego w ogłoszeniu. Na pytanie trzecie zamieszczone pod nr 7 o treści: „Czy jako pełnomocnik wykonawcy, który alternatywnie zobowiązany jest do posiadania świadectwa przemysłowego pierwszego stopnia może występować osoba prawna?”, Zamawiający udzielił wyjaśnienia, iż „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako ich pełnomocnik posiadający świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia (...), może występować osoba prawna. W ocenie Izby Zamawiający, nie udzielił odpowiedzi negatywnej na pytanie, które wskazywało na sytuację podmiotową, w której pojedynczy wykonawca posługuje się osobą prawną jako pełnomocnikiem posiadającym świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, natomiast udzielona odpowiedź, wbrew brzmieniu pytania, wskazuje, iż dotyczy sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast z udzielonej odpowiedzi

27

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

ponownie wynika, iż Zamawiający potwierdza dopuszczalność sytuacji, gdy poświadczenie bezpieczeństwa posiada pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, niebędący jednym z tych wykonawców.

W stosunku do sytuacji podmiotowej, w której świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego posiada pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia niebędący jednym z nich, możliwość, z której skorzystał Odwołujący Gildia różni się wyłącznie tym, że Zamawiający nie ma na etapie składania wniosku informacji kto jest tym pełnomocnikiem. W ocenie Izby nie ma to jednak znaczenia, gdyż nie było takiego wymagania umożliwienia identyfikacji tej jednostki organizacyjnej. Ponadto wobec dopuszczenia złożenia wyłącznie oświadczenia, iż w przyszłości (w chwili rozpoczęcia dialogu) wykonawca lub jego pełnomocnik będzie miał takie świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, weryfikacja tego warunku w ogóle opiera się wyłącznie na formalnej akceptacji złożonego oświadczenia. Zamawiający musi bowiem zakończyć merytoryczną weryfikację wniosków o dopuszczenie zanim faktycznie otrzyma dokument świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pozwalający zweryfikować prawdziwość złożonego oświadczenia i pozwalający na prowadzenie dialogu. Natomiast Odwołujący Gildia oświadczył nie tylko, iż najpóźniej w dniu rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego przedłoży świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia ale również, że jego już pełnomocnik już takie świadectwo posiada.

Izba nie stwierdziła zaistnienia podstawy wykluczenia wskazanej przez Zamawiającego jako niepotwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.1 pkt 1.1. lit. „b” ogłoszenia o zamówieniu, gdyż żadna z dostaw wskazanych w wykazie Odwołującego Gildia nie obejmuje dostaw blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży zgodnie z przepisami prawa polskiego

Przede wszystkim warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia zamieszczony w ogłoszeniu, które nie zostało zmienione przez Zamawiającego, nie zawierało w elemencie „b” frazy „zgodnie z przepisami prawa polskiego”. Natomiast w odpowiedzi na trzecie pytanie zamieszczone pod nr 3 w wyjaśnieniach nr 2 treści ogłoszenia o zamówieniu z 1 grudnia 2010 r., Zamawiający wskazał, iż „pojęcie dokumenty tożsamości, o którym mowa w ogłoszeniu o zamówieniu, należy rozumieć zgodnie z przepisami prawa polskiego”.

W ocenie Izby wyjaśnienia ogłoszenia o zamówieniu wykraczające poza treść warunku udziału w postępowaniu, według stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, oparte na zasadzie wywodzonej z kodeksu cywilnego „co nie jest zabronione jest dozwolone”, nie mogą być podstawą do wyciągania niekorzystnych skutków dla wykonawców, w szczególności do wykluczania ich z postępowania. Wykonawcy mają

28

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

bowiem prawo działać w zaufaniu do treści warunku ujawnionej w obligatoryjnym ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z przepisu art. 40 ust. 6 pkt 2 pzp wynika, iż ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w innych miejscach (w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej), nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskich. Natomiast tryb zmiany takiego ogłoszenia został wskazany w art. 12 ust. 4 pzp, przy czym z art. 12a ust. 2 pzp wynika, iż każda zmiana dotycząca warunków udziału w postępowaniu jest uważana za istotną, co powoduje obowiązek odpowiedniego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Natomiast zastępowanie tego trybu nieznaną ustawie pzp instytucją udzielania wyjaśnień ogłoszenia naraża zamawiających na niekorzystne konsekwencje dla prowadzonego postępowania. Wobec braku zmiany ogłoszenia dokonanej w trybie przewidzianym w pzp, wykonawcy wcale nie muszą być zainteresowani wniesieniem odwołania na zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia. Z jednej strony, w razie udzielenia w tych wyjaśnieniach korzystnej dla danego wykonawcy odpowiedzi i tak będzie on żądał jej respektowania, gdyż działania zamawiających niezgodne z procedurą przewidzianą w ustawie pzp nie mogą wywoływać niekorzystnych skutków dla wykonawców. Z drugiej strony, w razie zawarcia w takich wyjaśnieniach zmian niekorzystnych dla wykonawcy, nie będzie on zainteresowany aby została ona wprowadzona we właściwym trybie do ogłoszenia zamieszczonego lub opublikowanego w urzędowym publikatorze, gdyż również będzie mógł się powołać na to, że nie może ponieść negatywnych skutków zaniechania zamawiającego.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie postawił w odwołaniu ani na rozprawie spóźnionego zarzutu dotyczącego zaniechania dokonania zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu w odpowiednim trybie, gdyż w ogóle nie był zmianą w tym kierunku zainteresowany, natomiast zarzut dotyczy oparcia wykluczenia na treści warunku, której nie było w ogłoszeniu o zamówieniu. Zdaniem Izby sformalizowany w pzp tryb zmiany ogłoszenia o zamówieniu ogranicza swobodę zamawiających w wyrażaniu na zasadzie art. 65 kc interpretacji swojego oświadczenia woli, natomiast w ogóle nie można mówić o dokonywaniu takiej interpretacji w przypadku dodawania do treści warunku udziału w postępowaniu nowych elementów, gdyż jest to zmiana takiego oświadczenia, która w przypadku ogłoszeń o zamówieniu wymaga zachowania trybu wprost wskazanego w przepisach pzp. Zatem w ocenie Izby dodanie do zamieszczonego w ogłoszeniu wymagania „co najmniej jednej dostawy (...) blankietów dokumentów tożsamości lub dokumentów podróży wyposażonych w mikroprocesor” elementu, iż dokumenty tożsamości „należy rozumieć zgodnie z przepisami prawa polskiego”, nie mieści się w interpretowaniu na zasadzie art. 65 kc tego co zostało wyrażone w ogłoszeniu, lecz dodaje nową treść. Na marginesie Izba zauważa, iż Zamawiający na rozprawie w sposób niezgodny z udzieloną

29

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

odpowiedzią wypowiadał się również o „dokumentach podróży w rozumieniu prawa polskiego”, choć zarówno pytanie i odpowiedź dotyczyły wyłącznie „dokumentu tożsamości”.

W ocenie Izby nawet gdyby uznać, że sformułowanie „dokumenty tożsamości

rozumiane zgodnie z przepisami prawa polskiego” jest objęte treścią warunku zawartego w ogłoszeniu, to również nie uprawniałoby to Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego Gildia z postępowania. Zamawiający na roprawie wskazał wprawdzie, iż są nimi wyłącznie trzy dokumenty: dowód osobisty, paszport lub książeczka żeglarska, by następnie zmodyfikować to stanowisko, wskazując, iż są to konkretne dokumenty wskazane w następujących aktach prawnych: dowód osobisty wskazany w art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993, z późn. zm.), zgodnie z którym „Dowód osobisty jest dokumentem stwierdzającym tożsamość osoby (...); paszport wskazany w art. 4 ustawy z 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (Dz. U. z 2006 r. Nr 143, poz. 1027, z późn. zm.), gdzie stwierdzono, iż „Dokument paszportowy (...) poświadcza (...) tożsamość osoby (...); książeczka żeglarska wskazana w art. 9 ust. 1 ustawy z 23 maja 1991 r. o pracy na morskich statkach handlowych (Dz. U. z 1991 r., Nr 61, poz. 258, z późn. zm.), który wskazuje, iż „Książeczka żeglarska stwierdza tożsamość jej posiadacza (...); a także dokumenty wskazane w ustawie z 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.) oraz w przepisach dotyczących małego ruchu granicznego. Zdaniem Izby, ponieważ żaden z tych aktów prawnych nie zawiera definicji legalnej „dokumentu tożsamości” obowiązującej w systemie prawa polskiego, a wręcz Zamawiający sam oświadczył, iż nie występuje ona również w innych przepisach, niedopuszczalne jest takie tworzenie *ad hoc* katalogu dokumentów mieszczących się w tym pojęciu, skoro nie ma ono wymiary normatywnego. Natomiast rozumienie zaprezentowane przez Zamawiającego na rozprawie prowadziłoby *de facto* do tego, że w zakresie dokumentów tożsamości typu np. dowodów osobistych można by wykazać się dostawą blankietów dowodów osobistych w rozumieniu ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych, czyli wyłącznie blankietów polskich dowodów osobistych, gdyż np. dowody osobiste Republiki Federalnej Niemiec nie są takimi dowodami osobistymi.

Wobec tego stwierdzenie, iż dokumenty tożsamości wskazane w wykazie Odwołującego Gildia są dokumentami w tożsamości w rozumieniu prawa lokalnego, nie może być podstawą do stwierdzenia, iż nie są nimi „w rozumieniu prawa polskiego”, gdyż pojęcie to jest zupełnie nieostre, które musi być tłumaczone wobec tego na korzyść wykonawcy jako obejmujące wszelkie dokumenty urzędowe, które pozwalają na stwierdzenie tożsamości osoby. Ponadto przepisy prawa polskiego, jak to wykazał Odwołujący na rozprawie przewidują, iż np. Policjant może ustalić tożsamość osoby legitymowanej między innymi na podstawie, obok dowodu osobistego i paszportu – zagranicznego dokumentu

30

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

tożsamości (§ 4 rozporządzenia Rady Ministrów z 26 lipca 2005 r. w sprawie sposobu ostępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów). Zatem nie sposób zawężyć znaczenia pojęcia „dokumentów tożsamości” w sposób, który stał się podstawą do wykluczenia Odwołującego Gildia.

Wobec dopuszczenia przez Zamawiającego wykazywania się dostawami ciągłymi w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w ocenie Izby referencje wystawione w dacie późniejszej niż termin składania wniosków mogą w przypadku takich dostaw ciągłych potwierdzać na dzień składania wniosku, iż były wykonywane należycie na dzień składania wniosku. Natomiast rozumowanie Zamawiającego, odwołującego się przez analogię do zaświadczenia z KRK wystawionego po terminie składania wniosku, które nie może poświadczać niekaralności na dzień ich składania z uwagi na to, że w międzyczasie mogło nastąpić zatarcie skazania, jest w ocenie Izby nieadekwatne do potwierdzania warunku wiedzy i doświadczenia opartego na wykazie i referencji. Obstawiając przy takim stanowisku Zamawiający konsekwentnie powinien domagać się od wykonawców, którzy złożyli referencje na potwierdzenie należytego wykonywania dostaw ciągłych z datą przypadającą przed terminem składania wniosków, przedstawienia referencji potwierdzających takie wykonanie aż do tego terminu. Nie można przecież wykluczyć, iż po wystawieniu referencji mogły zajść okoliczności, które spowodowały, iż wykazane dostawy ciągle nie mogą być już uznane za należycie wykonywane.

Wobec tego, że Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego PWPW, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła w sprawie sygn. akt KIO 171/11, jak w sentencji.

Natomiast wobec tego, że Izba stwierdziła w sprawie sygn. akt KIO 172/11 naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp, które może mieć wpływ na wynik postępowania, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego PWPW tymi kosztami w sprawie sygn. akt KIO 171/11, na które złożyły się: uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty strony przeciwnej w postaci wynagrodzenia

31

Sygn. akt: KIO 171/11 KIO 172/11

pełnomocnika, oraz obciążając tymi kosztami Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 172/11, na które złożyły się: uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty strony przeciwnej obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – w obu przypadkach ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika wynikającą z rachunków złożonych do akt spraw do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

32