

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 23 i 24 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Vault spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie oraz ITTI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministra Administracji i Cyfryzacji, za którego czynności wykonuje Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji, którego przedmiotem jest *zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług doradczych w ramach projektu pn. Projekt systemowy – działania na rzecz rozwoju szerokopasmowego dostępu do Internetu, realizowanego z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007 – 2013* (numer postępowania nadany przez zamawiającego 9/MAC/PN/12), przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ernst&Young Business Advisory spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółki komandytowej w Warszawie, Instytutu Łączności – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, G..... W..... i Wspólnicy spółki komandytowej w Warszawie;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Infostrategia spółki jawnej, K..... H..... i A..... S..... w Krakowie, Kancelarii W..... i Wspólnicy Spółki komandytowej w Warszawie, ASAP 24 SC G..... P....., M..... S.....

1

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego spółki Vault z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie oraz ITTI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania w ramach tego badania odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi opisanej w pozycji 12 wykazu usług, względnie uzupełnienia tego dokumentu w zakresie pozwalającym na identyfikację zadania opisanego w protokole zdawczo – odbiorczym na str. 96-97 oferty odwołującego, a także do uzupełnienia wykazu usług w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu postawionego w Rozdziale VI, pkt 1 ppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z udzieloną w dniu 4 maja 2012 r. odpowiedzią na pytanie nr 8, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w tym zakresie,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Administracji i Cyfryzacji, za którego czynności wykonuje Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Vault spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie oraz ITTI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Vault spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Skawinie oraz ITTI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu

wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1659/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług doradczych w ramach projektu pn. Projekt systemowy - działania na rzecz rozwoju szerokopasmowego dostępu do Internetu, realizowanego z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013" z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 64-104417

Odwolujący w dniu 25 sierpnia 2012 r. otrzymał informację o zaproszeniu do zawarcia umowy ramowej dwóch wykonawców, w tym wykluczeniu z postępowania zaś w dniu 3 sierpnia 2012 r. wobec wniósł odwołanie wobec:

- 1) niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie normy art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp poprzez stwierdzenie braku wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7, mimo faktycznego wykazania spełnienia tych warunków przez odwołującego;
- 2) z ostrożności procesowej - na wypadek stwierdzenia przez KIO niezasadności zarzutu z pkt 1) powyżej - odwołujący wnosi odwołanie także od:
 - zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, złożonych przez Odwołującego dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7, w postaci wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania, zarzucając zamawiającemu naruszenie tym samym normy art. 26 ust. 3 pzp, alternatywnie
 - zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oświadczeń i dokumentów, złożonych przez odwołującego dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7, w postaci wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania, zarzucając zamawiającemu naruszenie tym samym normy art. 26 ust. 4 pzp,

3

w konsekwencji odwołujący - z ostrożności procesowej - wniósł odwołanie także od dokonania niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie normy art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp poprzez stwierdzenie braku wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7 i wykluczenie odwołującego z postępowania bez wcześniejszego wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu, ewentualnie do wyjaśnień treści ww. oświadczeń i dokumentów;

3) zaniechania dokonania przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, złożonych przez odwołującego dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3, w postaci wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania, zarzucając zamawiającemu naruszenie normy art. 26 ust. 3 i 4 pzp i w konsekwencji dokonanie niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania, oraz zarzucając zamawiającemu naruszenie normy art. 24 ust. 2 pkt 4) pzp poprzez stwierdzenie braku

wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3 i wykluczenie odwołującego z postępowania na tej podstawie, bez wcześniejszego wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na stwierdzenie braku wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7;
- z ostrożności procesowej - na wypadek stwierdzenia przez KIO niezasadności zarzutu z pkt 1) - nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny oferty odwołującego, a w tym dokonania:
- wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie oświadczeń i dokumentów w postaci wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie w zakresie wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7, alternatywnie
- wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oświadczeń i dokumentów w postaci wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania w zakresie wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7;

4

-
- unieważnienie niezgodnej z prawem czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na stwierdzenie braku wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3;
 - nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny oferty odwołującego, a w tym wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie oświadczeń i dokumentów w postaci wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie w zakresie wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał:

1) w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodnego z prawem wykluczenia z postępowania:

- wraz z ofertą odwołujący przekazał zamawiającemu stosowny dokument potwierdzający, że usługa - wskazana w ww. wykazie usług dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 7 - została wykonana najeźycie w postaci protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 15 czerwca 2011 r., dotyczący umowy pomiędzy ITTI Sp. z o.o. a Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o. z dnia 5 lipca 2010 r., podpisanego przez umocowanych przedstawicieli usługobiorcy.
- zgodnie z argumentacją merytoryczną podniesioną przez zamawiającego w ww. piśmie w sprawie wykluczenia odwołującego z postępowania: „Dokument *ten nie potwierdza należytego wykonania usługi, na którą powołuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu*”. Tak więc zamawiający uznaje, iż podstawą wykluczenia jest nie przedstawienie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wymaganej w omawianym zapisie SIWZ. Odwołujący wskazuje, że z protokołu, który wskazuje zamawiający, wynika coś wręcz przeciwnego. Zgodnie z jego treścią, dotyczy on wykonania umowy zawartej dnia 5 lipca 2010 r. pomiędzy ITTI Sp. z o.o. a Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o. (pkt 1.4. protokołu). Zgodnie z pkt 2. protokołu „Komisja (...) po zapoznaniu się z przedstawionymi przez Wykonawcę materiałami dotyczącymi wyników prac oraz na podstawie badań własnych stwierdza: *zgodność wykonania z Umową*”. W pkt 2.2. protokołu stwierdza się również, że całość pracy została wykonana zgodnie z wymaganiami zamawiającego, natomiast w pkt 2.3. protokołu stwierdzono wprost, że „Praca *nie wymaga poprawek*”. Z powyższego wynika, że przedstawiony przez odwołującego dokument w postaci protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 15 czerwca 2011 r., wykazuje należyte wykonanie umowy pomiędzy ITTI Sp. z o.o. a Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o. z dnia 5 lipca 2010 r., wskazanej w pkt. 12 wykazu usług.

5

- zgodnie z orzecnictwem KIO, jak również treścią ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa RM ws. rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r., zamawiający nie ma umocowania do żądania umieszczenia w dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie usługi wskazanych przez zamawiającego konkretnych treści, sformułowań, oświadczeń etc., które w jakimkolwiek zakresie wykraczałyby poza potwierdzenie należytego wykonania usługi.

2) w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia, ew. zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień, w konsekwencji niezgodnego z prawem wykluczenia z postępowania (zarzut 2 petitum odwołania):

- zarzut został podniesiony jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez KIO, że zarzut z pkt. 1) *petitum* odwołania nie jest zasadny;
- nawet gdyby uznać racje zamawiającego zgłoszone w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. (brak wykazania należytego wykonania usługi poprzez przedłożenie protokołu zdawczo- odbiorczego z dnia 15 czerwca 2011 r.) - to nie stanowią one wystarczającej podstawy dla wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp. Koniecznym byłoby wcześniejsze wezwanie odwołującego - w zależności od decyzji zamawiającego - do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazywanej usługi, lub do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów tj. ww. wykazu usług oraz protokołu zdawczo-odbiorczego.
- zgodnie z twierdzeniami zamawiającego z pisma z dnia 25 lipca 2012 r., zamawiający co prawda wezwał odwołującego, pismem z dnia 21 czerwca 2012 r., do „uzupełnienia oferty o: (...) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”. Wezwanie z dn. 21 czerwca 2012 r. co prawda dotyczy uzupełnienia treści oferty w zakresie oświadczeń i dokumentów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, nie dotyczy ono jednak rozpatrywanego zagadnienia merytorycznego. Wezwanie z dnia 21 czerwca 2012 r. nie wskazywało w szczególności ani wprost, ani też w jakikolwiek dorozumiany sposób, na brak, który w ocenie zamawiającego stanowi podstawę wykluczenia, to jest nie wskazywało na fakt, iż w ocenie Zamawiającego, przedstawiony przez odwołującego protokół z dnia 15 czerwca 2011 r. nie jest wystarczającym dokumentem;
- w uzasadnieniu ww. wezwania zamawiający przywołał jedynie wymagania SIWZ oraz

po krótko i bardzo ogólnie omówił przedmiot wezwania, nie wskazując jednak konkretnych - zaistniałych w jego ocenie - braków. W takiej sytuacji odwołujący uprawniony był do dokonania uzupełnienia w sposób odpowiadający wezwaniu zamawiającego, zgodnie z dokonaną przez odwołującego wykładnią tego wezwania, przy zachowaniu należytej staranności. W toku powtórnej analizy własnej oferty, odwołujący stwierdził błędy (braki w tekście) wynikające z czysto technicznego - edycyjnego problemu, co dało podstawę, by przypuszczać, iż wezwanie zamawiającego spowodowane jest właśnie tymi - edycyjnymi brakami w tekście dokumentów;

- w związku z powyższym, w odpowiedzi na wskazane bardzo ogólnie sformułowane wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. odwołujący przekazał zamawiającemu szereg uzupełnień, które dotyczyły braków wskazanych - w ocenie odwołującego - w wezwaniu.

- dokonanie pierwszego wezwania w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych problemów występujących w ocenie zamawiającego, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, co potwierdza orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11, wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1359/10; wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10.

- wezwanie do uzupełnienia treści oferty, skierowane przez zamawiającego do odwołującego w dniu 21 czerwca 2012 r. nie spełnia ww. wymogów co do jednoznaczności i wyczerpującego charakteru jego uzasadnienia, w konsekwencji objęte jest wadą prawną. Należy więc uznać je za bezskuteczne i pozbawione jakichkolwiek skutków prawnych (por. wyrok KIO z dnia

16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08), co potwierdza tezę o zaniechaniu dokonania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia treści oferty. W konsekwencji, przy takim bezskutecznym wezwaniu, wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest przedwczesne (por. wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11); - zaniechane przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi nie stanowiłyby - w kontekście wezwania z dnia 21 czerwca 2012 r. - ponownego, niedopuszczalnego wezwania. Fakt, iż wskazana w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania nie została wcześniej w żaden sposób przez zamawiającego uzewnętrzniiona, uzasadnia tezę, że po pierwszym uzupełnieniu dokumentów w odpowiedzi na ogólne wezwanie zamawiającego, w wyniku dalszej analizy

7

treści złożonych wraz z ofertą dokumentów (w tym ww. protokołu zdawczo- odbiorczego z dnia 15 czerwca 2011 r.), Zamawiający powziął kolejne wątpliwości w zakresie wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu. Powstało więc w istocie nowe zagadnienie merytoryczne, które wymagało skierowania do odwołującego - w zależności od decyzji zamawiającego - oddzielnego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wykazywanej usługi, lub do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów tj. ww. wykazu usług oraz protokołu zdawczo-odbiorczego, innymi słowy zaniechane wezwanie nie byłoby kolejnym wezwaniem w tym samym zakresie merytorycznym; dotyczyłoby ono bowiem odmiennego zagadnienia merytorycznego niż zagadnienie objęte wezwaniem z dnia 21 czerwca 2012 r.;

3) w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia, ew. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, w konsekwencji niezgodnego z prawem wykluczenia (zarzut 3 petitum odwołania):

- zgodnie z argumentacją zamawiającego wskazaną w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r., nawiązując do jednej z odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, zamawiający stwierdził, że - w przypadku warunku z rozdziału VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3 w zakresie pkt a) i b) - jeden dokument może potwierdzać jedynie spełnienie warunku w zakresie jednego z punktów, w zależności od wyboru wykonawcy, innymi słowy jeden dokument nie może wykazywać spełnienia dwóch warunków, nawet jeżeli jego przedmiot dotyczył jednocześnie obu zakresów merytorycznych z punktów a) i b); - w ofercie odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3, wskazał jedynie trzy usługi (pkt 1-3 wykazu usług), w ramach których powstały trzy dokumenty, zamiast wymaganych pięciu (3 dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań z pkt. a) i 2 dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań z pkt. b)). Odwołujący stwierdził, że formułując ofertę i decydując o sposobie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, prezentował odmienną wykładnię omawianego warunku i uznawał, że w należyty sposób wykazywał spełnienie omawianego warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 3. Odwołujący uznał w szczególności, że każdy z dokumentów, na który powoływał się wykazując spełnianie warunków, posiada na tyle czytelnie wydzielone obszary merytoryczne, że należy go uznać w istocie za dwa opracowania, dotyczące dwóch różnych zagadnień (w każdym dokumencie zawarte były opracowania spełniające wymagania pkt a) oraz punktu b), jednakże po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego zawartą w uzasadnieniu wykluczenia, odwołujący jest jednak skłonny przychylić się do zdania zaprezentowanego przez

8

zamawiającego i zaakceptować czysto formalne rozumienie dokumentu, zaprezentowane w odpowiedziach na pytania wykonawców. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że o takim zarzucie zamawiającego odwołujący pierwszy raz dowiedział się z uzasadnienia wykluczenia oferty. Omawiane zarzuty nie stanowią więc wystarczającej podstawy dla wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp. Koniecznym byłoby wcześniejsze wezwanie odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w postaci wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania. - zgodnie z twierdzeniami zamawiającego z pisma z dnia 25 lipca 2012 r., pismem z dnia 21

czerwca 2012 r. zamawiający co prawda wezwał odwołującego do „uzupełnienia oferty o: (...) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”, lecz wezwanie nie dotyczyło rozpatrywanego zagadnienia merytorycznego. W szczególności ani w sposób wyraźny, ani dorozumiany, zamawiający nie stwierdził, iż problemem jest przedstawienie tych samych dokumentów na potwierdzenie wymagań opisanych w dwóch punktach. Ww. wezwanie dotyczyło innych zagadnień (w szczególności, jak wskazano powyżej, odwołujący uznał, iż zostało ono sformułowane w związku z brakiem części tekstu tabeli wskutek technicznego problemu edycyjnego), dlatego też jedynie w takim zakresie dokonał on uzupełnienia oferty. W pełni znajdują w tym miejscu zastosowanie argumenty merytoryczne podnoszone przez odwołującego w pkt II. odwołania.

- zamawiający bezprawnie zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów, ponieważ o faktycznej podstawie wykluczenia odwołujący dowiedział się w istocie dopiero z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, co pozostaje w rażącej sprzeczności z treścią i celem regulacji art. 26 ust. 3 pzp. Stan faktyczny omawiany w niniejszym odwołaniu jest wręcz wzorcowym przykładem sytuacji, w której konieczne i uzasadnione jest prawidłowe zastosowanie mechanizmu uzupełniania bądź wyjaśniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków i wymagań, bowiem odwołujący w istocie warunki te spełnia, a tylko niezrozumienie intencji zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której do oferty nie zostały załączone - w ocenie zamawiającego - wymagane dokumenty. Zamawiający winien więc w sposób konkretny i jednoznaczny dokonać wezwania do usunięcia stwierdzonych w ofercie problemów poprzez uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentów w konkretnym zakresie, a dopiero w braku uzupełnienia dokonanego po tak sformułowanym wezwaniu, powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Ernst&Young Business Advisory spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółki komandytowej w Warszawie, Instytutu Łączności – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, G..... W..... i Wspólnicy spółki komandytowej w Warszawie a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Infostrategia spółki jawnej, K..... H..... i A..... S..... w Krakowie, Kancelarii W..... i Wspólnicy Spółki komandytowej w Warszawie, ASAP 24 SC G..... P....., M..... S.....

Zamawiający, pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy jako złożonego przez podmiot nieuprawniony oraz w zakresie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu - złożonego po upływie 10 – dniowego terminu na jego wniesienie; względnie o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oddalono wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania uzasadniony wniesieniem odwołania przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy). Zamawiający uzasadnił wniosek w powyższym zakresie faktem przyznania przez odwołującego w odwołaniu, że nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu, a także nie kwestionowaniem czynności zamawiającego wykluczenia z postępowania. Jednak wbrew stanowisku zamawiającego, z treści odwołania wyraźnie wynika, że odwołujący kwestionuje czynność wykluczenia z postępowania a także zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu w zakresie, jaki stał się przyczyną tego wykluczenia. Akcentowane przez zamawiającego przyznanie przez odwołującego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu zdaje się wynikać z niezrozumienia treści odwołania, bowiem pomija zupełnie okoliczność, że odwołujący wskazując na niewykazanie spełnienia postawionego

warunku udziału w postępowaniu, jednoznacznie podaje, że w tych okolicznościach rzeczą zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia dokumentów, względnie ich wyjaśnienia. Wynika to zarówno z uzasadnienia odwołania, jak i postawionego żądania.

Nie podzielono również złożonego na posiedzeniu wniosku o odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony, a uzasadnionego niewłaściwym oznaczeniem

10

zamawiającego w treści odwołania, gdzie podano: *Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji*, w miejsce właściwego znaczenia zamawiającego jako *Skarbu Państwa – Ministra Administracji i Cyfryzacji*, a także podpisaniem odwołania przez osobę posiadającą, zgodnie ze złożonym pełnomocnictwem, umocowanie do złożenia odwołania od czynności Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji. Za oddaleniem tak postawionego wniosku przemawiały następujące okoliczności:

- zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił siebie jako „Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji”. Ogłoszenie o zamówieniu jest zaś dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu. Następnie dalsze pisma, jakie zamawiający wystosował w postępowaniu do odwołującego miały w części wskazującej na oznaczenie nadawcy oznaczenie *Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji*, zaś w dopiero w treści wskazywały na Ministra Administracji i Cyfryzacji. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w załącznikach do specyfikacji stanowiących formularz oferty oraz projekt umowy podano prawidłowe oznaczenie. W tych okolicznościach, nie sposób stawiać przed wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu oczekiwania, że będą dochodzić prawidłowej nazwy i statusu zamawiającego, co może napotykać na trudności, jeśli w konkretnej sytuacji status zamawiającego może przysługiwać zarówno *Ministerstwu Administracji i Cyfryzacji* jako jednostce budżetowej oraz *Ministrowi Administracji i Cyfryzacji* jako jednostce sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), przez którą rozumie się m.in. organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały (art. 9 pkt 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2009 r. Nr 157 poz. 1240 ze zm.). Ustalenie w konkretnej sytuacji podmiotu stanowiącego zamawiającego może wymagać znajomości wewnętrznego podziału czynności w jednostce oraz zakresu zadań Ministra – zamawiający na powyższą okoliczność złożył zestaw dokumentów, poczynając od *zarządzenia Nr 5 Ministra Administracji i Cyfryzacji z 27 grudnia 2012 r. w sprawie ustalenia regulaminu organizacyjnego Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji*, po akty prawne regulujące zakres działania Ministra. Ze złożonego przez zamawiającego *zarządzenia Nr 5 Ministra Administracji i Cyfryzacji z 27 grudnia 2012 r. w sprawie ustalenia regulaminu organizacyjnego Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji* wynika (§ 3 ust. 1 pkt 1, § 14 pkt 1 i 8) wynika, że czynności z zakresu zamówień publicznych wykonywane w zakresie Ministra Administracji i Cyfryzacji oraz Dyrektora Generalnego Ministerstwa wykonuje jedna komórka organizacyjna – Departament Budżetu i Finansów Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji. Należy uznać, że wykonawca, który złożył odwołanie odnosząc je do nazwy zamawiającego

11

podanej w ogłoszeniu, działa w zaufaniu do tak podanych informacji, nie sposób zatem wywodzić z tego negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia odwołania;

- ustawodawca przewidział w przepisach ustawy oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz.U. z 2010 Nr 48, poz. 280) regulację dotyczącą treści odwołania oraz skutki błędów w jego treści. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Szczegółowo elementy odwołania wymienia przepis § 4 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*. Przepis art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na uzupełnienie lub poprawienie odwołania - jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek

niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, przy czym mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Powyższe uprawnienie przysługuje też składowi orzekającemu wyznaczonemu do rozpatrzenia sprawy (art. 187 ust. 7 ustawy).

Podnoszone przez zamawiającego niewłaściwe oznaczenie w treści odwołania zamawiającego nie stanowi o niemożności nadania biegu odwołaniu i rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Ma ono raczej charakter nieistotnego i pozostającego bez żadnego wpływu dla możliwości zidentyfikowania zamawiającego. Zamawiający zdaje się bowiem zapominać, że *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, w § 4 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 wymienia cały zestaw elementów, które w odwołaniu należy zawrzeć w celu identyfikacji postępowania, w których odwołujący kwestionuje czynności i zaniechania zamawiającego: imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego oraz nr telefonu lub faksu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego; określenie przedmiotu zamówienia; wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu. Wszystkie te informacje służą oznaczeniu postępowania, w którym złożono odwołanie. Odwołanie zawiera te elementy pozwalające w sposób nie budzący żadnych wątpliwości ustalić postępowanie prowadzone przez zamawiającego, łącznie z numerem postępowania, jaki nadał mu zamawiający. Te okoliczności nie pozwalają uznać, by zachodziła podstawa do odrzucenia odwołania.

Niedokładne oznaczenie zamawiającego pozostaje bez wpływu dla możliwości nadania biegu odwołaniu – nie wymaga poprawienia lub uzupełnienia, nie skutkuje tym bardziej odrzuceniem odwołania. Należy je kwalifikować jako oczywiste niedokładności, nie stanowiące przeszkody do nadania biegu odwołaniu i rozpoznania przez Izbę, o których mowa w art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów wniosek w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.

Podobnie należało ocenić wniosek o odrzucenie odwołania z powodu pełnomocnictwa do jego wniesienia wskazującego na upoważnienie do złożenia odwołania od czynności Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji: z powodów wyżej podanych nie stanowi wady dyskwalifikującej odwołanie, niedokładne oznaczenie zamawiającego, jeżeli pozostałe elementy odwołania pozwalają na jednoznaczne ustalenie postępowania oraz

Tym bardziej, nie stanowi takiej wady zamawiającego. niewłaściwe określenie zamawiającego w pełnomocnictwie. Przypomnienia wymaga, że brak odpowiedniego pełnomocnictwa do wniesienia odwołania podlega konwalidacji – zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Jeżeli natomiast niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1-6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby (art. 187 ust. 7 ustawy).

Nie dopatrzone są także podstawy do uznania, że zarzuty dotyczące wezwania do uzupełnienia dokumentów są spóźnione. Z treści odwołania wynika bowiem, że odwołujący kwestionuje zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie, który następnie stanowił powód uznania za niespełniony postawionego warunku udziału w postępowaniu – kwestionowane są zatem te elementy decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, które uprzednio nie znalazły odzwierciedlenia w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 21 czerwca 2012 r. Odwołanie dotyczące tego, czego zamawiający nie wyartykułował w wezwaniu jest odwołaniem wniesionym w terminie. Nie chodzi tu bowiem o wezwanie rozumiane jako wystosowanie odpowiedniego pisma, ale pisma zawierającego określony zakres – wskazującego na dostrzeżone przez zamawiającego błędy w złożonych

wraz z ofertą dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Uznano, że w spornym zakresie wezwanie z dnia 21 czerwca 2012 r. nie precyzowało ani nie nawiązywało do

błędów w zakresie wykazu usług złożonego przez odwołującego oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, które ostatecznie stanowiły powód wykluczenia odwołującego z postępowania; przy czym w zakresie wymagania określonego w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres dostrzeżonych przez zamawiającego niedoskonałości w opisie zadania w protokole zdawczo – odbiorczym czynił wystarczającym wezwanie do wyjaśnienia tego dokumentu (art. 26 ust. 4 ustawy) – zatem w tej mierze w ogóle nie sposób mówić o podniesieniu zarzutów po terminie, skoro zamawiający w ogóle nie wystąpił o wyjaśnienie tego dokumentu.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania odwołujący mógłby zostać zaproszony do złożenia oferty. Wbrew twierdzeniu zamawiającego zawartemu w odpowiedzi na odwołanie, odwołujący legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający argumentuje, iż przyznanie jednej z podstaw faktycznych wykluczenia odwołującego z postępowania eliminuje możliwość skutecznego wykazania przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ustawy; odwołanie w zakresie czynności wykluczenia zostało złożone przez podmiot nieuprawniony, co także winno – zdaniem zamawiającego – stanowić przesłankę odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jak wskazano w uzasadnieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, „(...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna.” W analizowanej sprawie odwołujący przyznając niespełnienie warunku udziału w postępowaniu na etapie składania oferty kwestionuje jednak nieobjęcie wezwaniem do uzupełnienia dokumentów tych zastrzeżeń zamawiającego, które ostatecznie stanowiły podstawę wykluczenia z postępowania. Zamawiający zdaje się zatem nie zauważać okoliczności, że ewentualne przyznanie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu,

w kontekście argumentacji prezentowanej w odwołaniu dotyczy jedynie etapu składania oferty – dokumentów nań się składających, podczas gdy obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wezwanie wykonawcy, w zakresie w jakim złożone oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierają błędy, do ich uzupełnienia; złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Wykluczony z postępowania wykonawca, który kwestionuje to wykluczenie, obejmując zakresem odwołania zaniechanie przez zamawiającego objęcie treścią wezwania powodów, które stanowiły podstawę faktyczną tego wykluczenia, a także zaniechanie wystąpienia o wyjaśnienie dokumentów, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jak również może ponieść szkodę w wyniku zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania uczynił art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo zamawiającego z 25 czerwca 2012 r.). Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do dwóch elementów postawionego warunku: opisanego w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 7 oraz Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na wstępie podkreślenia wymaga, że czynność wykluczenia z postępowania wobec niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w razie dostrzeżenia przez zamawiającego błędów w dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy wymaga uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia. W myśl art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia

15

i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zastosowanie obu przepisów nie zostało pozostawione uznaniu lub swobodzie zamawiającego – mają one charakter obligatoryjnych. Zamawiający nie może zatem zaniechać wyczerpania ścieżki służącej sanowaniu wadliwej oferty, przewidzianej w tych przepisach, wyjąwszy sytuacje zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy czy o odrzuceniu jego oferty nie mając absolutnej pewności co do spełnienia/niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu czy odnośnie treści jego oferty. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zarówno doktryna, jak i orzecznictwo interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w: „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011 r. w spr. KIO 38/11, z dnia 28 marca 2011 r. w spr. KIO 595/11). Takie samo stanowisko wyrażane jest w piśmiennictwie: „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać.” Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1).

Wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy powinno być na odpowiednim poziomie precyzji, powinno wskazywać dostrzeżone przez zamawiającego niedoskonałości w zakresie złożonych dokumentów, w sposób, który pozwoli wykonawcy odczytać intencje zamawiającego, dokonaną przez niego ocenę złożonych wraz z ofertą dokumentów i zastosować się do tego wezwania. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie wskazujące na dostrzeżone przez zamawiającego błędy w złożonych dokumentach,

16

szczególnie gdy nawiązuje do treści postawionego warunku udziału w postępowaniu o tak złożonym zakresie i treści, z jakim mamy do czynienia w tym postępowaniu, jest w istocie wezwaniem iluzorycznym. Nie chodzi bowiem o samo wyczerpanie ścieżki przewidzianej w powołanych wyżej przepisach, wystosowanie z formalnego punktu widzenia pisma stanowiącego wezwanie, ale takiego pisma, które nawiązuje w swej treści do dostrzeżonych niedoskonałości dokumentów. Tylko takie wezwanie pozwala bowiem wykonawcy uczynić zadość jego treści.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreśla się, także, że *niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność (art. 87 ust.1 Pzp)*. Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły *de facto* do kolejnego uzupełnienia w tym samym zakresie. Podzielając wyrażoną w przytoczonych orzeczeniach argumentację, uznano, że na gruncie analizowanej sprawy zasadnym jest wniosek, że wystosowanie do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nie spełnia wskazanych postulatów, przy czym to rzeczą Odwołującego będzie wykazanie – w świetle sygnalizowanych, zasadnych wątpliwości – spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu oraz inicjatywa dowodowa w tym zakresie, wyrażająca się ewentualnym złożeniem dodatkowych dokumentów czy choćby umowy o podwykonawstwo (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 32 marca 2010 r. w spr. KIO/UZP 31/10 a także z 16 stycznia 2008 r. w spr. 1530/08, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11).

W orzecznictwie wskazuje się przy tym, iż dopuszczalne jest ponowne wezwanie do uzupełniania dokumentu, jeśli uprzednio wystosowane wezwanie było na tyle nieprecyzyjnym, że nie pozwalało wykonawcy na odczytanie intencji zamawiającego. Na uwagę zasługują następujące rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2008 r. w spr. KIO/UZP 1530/08: „Po pierwsze, zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy. Wyjaśnienia udzielone na rozprawie Zamawiającego potwierdziły bowiem, iż jego intencją było, aby Odwołujący uzupełnił ofertę nie tylko o jeden dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak wynika to

z wezwania z dnia 02.12.2008 r., ale wykazał się zrealizowaniem dwóch dodatkowych zadań w zakresie budowy lub remontu dróg (wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych) o wartości min. 3.000.000,00 zł brutto każda. Nie uznał bowiem wykazanych zadań w odniesieniu do poz.1 oraz 3 przedłożonego wykazu. Niejasny charakter wezwania doprowadziły bowiem do sytuacji, iż Odwołujący zmuszony był domniemywać, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie oraz które z wykazanych zadań nie spełniają w ocenie Zamawiającego warunku postawionego przez niego. *De facto* powziął informacje w tym zakresie dopiero na rozprawie. Po drugie, Izba stoi na stanowisku, że jeżeli Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może go wykluczyć z postępowania przed wyczerpaniem procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów. Niniejsze odnosi się także do przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż czynność wezwania do uzupełnienia złożonej oferty z dnia 02.12.2008 r. była obarczona wadą prawną, gdyż nie wskazywała w sposób precyzyjny i jednoznaczny przedmiotu wezwania. Wobec powyższego, Izba uznaje niniejszą czynność za nieskuteczną i nie rodzącą skutków prawnych. Należy na marginesie zauważyć za orzecznictwem KIO, iż precyzja w stosownym wezwaniu jest istotna także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym

terminie innego dokumentu niż określonego w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach.”.

Biorąc pod uwagę powyższe, celowe jest przytoczenie pełnej treści wezwania z 21 lipca 2012 r. w zakresie, jaki dotyczy wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia („ad c” wezwania):

„Zamawiający w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 1 w zakresie warunku - „posiadania wiedzy i doświadczenia” wskazał, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać się należytych wykonaniem, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

1. co najmniej 3 (trzy) usług (umów) o wartości co najmniej 75.000, 00 złotych brutto każda, obejmujących doradztwo prawne dotyczące realizacji inwestycji telekomunikacyjnych, w ramach, których zostały przygotowane co najmniej:
 - a) dwie (2) pisemne opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych lub zmian legislacyjnych dotyczących problematyki rozwoju infrastruktury szerokopasmowego Internetu bądź upowszechniania dostępu do Internetu; oraz

18

-
- b) dwie (2) pisemne opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych lub zmian legislacyjnych z zakresu prawa zamówień publicznych;
 - c) dwie (2) pisemne opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych lub zmian legislacyjnych z zakresu prawa budowlanego;
 - d) dwie (2) pisemne opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych lub zmian legislacyjnych z zakresu prawa telekomunikacyjnego;
 - e) dwie (2) pisemne opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje dotyczące ustawy o wspieraniu usług i sieci telekomunikacyjnych.

Do spełnienia wymogu określonego w ust 1 powyżej, wystarczające jest sporządzenie opinii, analiz, ekspertyz i interpretacji, w ilości wskazanej w lit. a-e w ramach wszystkich przedstawionych przez tego wykonawcę, a nie każdej z nich z osobna, z zastrzeżeniem, że każda z usług (umów) powinna obejmować sporządzenie przynajmniej opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych lub zmian legislacyjnych w jednej ze wskazanych w lit. a-e kategorii.

2. co najmniej jednej (1) usługi obejmującej doradztwo w zakresie pomocy publicznej w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404, z późn. zm.), polegające na:
 - a) przygotowaniu co najmniej jednej (1) fiszki notyfikacyjnej dla potrzeb notyfikacji pomocy publicznej, która została przekazana Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; oraz
 - b) przygotowaniu co najmniej trzech (3) pisemnych analiz, ekspertyz lub opinii prawnych w zakresie pomocy publicznej dotyczących konieczności notyfikacji.
3. co najmniej dwóch (2) usług (umów) o wartości co najmniej 75.000, 00 złotych brutto każda, obejmujących doradztwo prawne dotyczące projektu (przedsięwzięcia) o wartości nie mniejszej niż 5.000.000, 00 złotych brutto, polegające na:
 - a) przygotowaniu co najmniej trzech (3) pisemnych analiz, ekspertyz, opinii prawnych, a także projektów umów w zakresie współpracy jednostek samorządu terytorialnego z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, oraz
 - b) przygotowaniu co najmniej dwóch (2) pisemnych analiz, ekspertyz, opinii prawnych, a także projektów umów w zakresie powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego realizacji zadań w formule partnerstwa publiczno - prywatnego, w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno - prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.),
4. co najmniej dwóch (2) usług (umów) o wartości co najmniej 50.000, 00 złotych brutto każda, obejmujące doradztwo prawne, w zakresie ubiegania się o dofinansowanie ze środków europejskich projektów inwestycyjnych w zakresie telekomunikacji lub

19

złotych brutto;

5. co najmniej pięciu (5) usług doradztwa finansowego o wartości co najmniej 50.000, 00 złotych brutto każda, polegających na sporządzeniu sprawozdań finansowych lub analiz lub ekspertyz lub rekomendacji finansowo-ekonomicznych związanych z realizacją projektów inwestycyjnych w zakresie telekomunikacji lub społeczeństwa informacyjnego, w tym co najmniej:

a) dwóch (2) analiz lub ekspertyz lub rekomendacji dotyczących inwestycji, o wartości co najmniej 5.000.000,00 złotych brutto każda, w zakresie telekomunikacji, oraz

b) dwóch (2) analiz lub ekspertyz lub rekomendacji związanych z dofinansowaniem ze środków europejskich.

Na potwierdzenie udziału w postępowaniu spełniania przedmiotowych warunków zamawiający zażądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. od dnia 28 maja 2009 r. do dnia 28 maja 2012 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w okresie wskazanym powyżej. Oznacza to, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powyżej określonym zakresie.

Ponadto, Zamawiający w rozdziale VI SIWZ pkt 1 ppkt 2 tiret 1 w zakresie warunku - „posiadania wiedzy i doświadczenia” wskazał, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać się należytych wykonaniem, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej trzech (3) usług (umów) o wartości co najmniej 50.000, 00 złotych brutto każda, obejmujących doradztwo prawne w zakresie przygotowania dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości szacunkowej zamówień publicznych nie mniejszej niż 20.000.000, 00 złotych brutto;
- co najmniej trzech (3) usług (umów) doradztwa technicznego o wartości co najmniej 50.000 złotych brutto każda w zakresie inwestycji telekomunikacyjnych, w tym co najmniej jednej (1) dotyczącej sieci telekomunikacyjnej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną o wartości co najmniej 5.000.000, 00 złotych każda, polegającej na przygotowaniu dokumentacji budowy lub analiz lub ekspertyz lub rekomendacji technicznych.

20

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zamawiający zażądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. od dnia 28 maja 2009 r. do dnia 28 maja 2012 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty w ofercie nie potwierdzają spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, gdyż z dokumentów tych nie wynika realizowanie zamówień, na które powołuje się wykonawca w przedłożonym wykazie jak również fakt, czy usługi które wykazuje wykonawca zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”

Lektura treści tego wezwania, zestawionego z motywami, jakie zostały podane w decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazuje, że nie sposób przyjąć, by zamawiający wyartykułował w wezwaniu dostrzeżone braki i błędy w dokumentach złożonych przez odwołującego. Powyższe czyni zasadnym zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów – w zakresie zaś wymagania opisanego w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – uprzedniego wezwania do wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi (protokołu zdawczo – odbiorczego).

Podzielając argumentację zawartą w przytoczonym orzeczeniu, dostrzeżenia wymagają następujące okoliczności analizowanej sprawy:

- wezwanie z dnia 21 lipca 2012 r. do uzupełnienia dokumentów cytuje sześć spośród siedmiu elementów wymaganych dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (warunki opisane w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 1, 2, 3, 4, 6 oraz 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Każdy z tych warunków ma charakter złożony – odnosi się do różnego rodzaju usług, wobec których postawiono wymagania dotyczące wartości, zakresu przedmiotowego, niekiedy formuły wykonania zadania (partnerstwo publiczno – prywatne) czy charakteru odbiorcy usługi. Samo zatem przytoczenie niemal wszystkich wymagań składających się na wykazanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, szczególnie gdy nawet każde z tych wymagań traktowane z osobna jest złożone w swej treści i zakresie, nie pozwala na odczytanie, w jakim zakresie zamawiający dostrzegł błędy w złożonych dokumentach. Dla wykazania spełnienia postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, we wszystkich elementach Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konieczne jest podanie co najmniej 26 zadań wykazie usług oraz

21

złożenie odpowiadających tym zadaniom dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług – w zakresie każdego z podanych zadań mogły więc wystąpić błędy skutkujące obowiązkiem wezwania. Konfrontacja zakresu opisanych w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków, z koniecznymi dla ich spełnienia dokumentami, jakie należy złożyć wskazuje, że mamy do czynienia ze złożoną oceną dokumentów w tej mierze, a w konsekwencji – że także wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno uwzględniać ten aspekt. To także determinuje niezbędny zakres staranności i precyzji zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów;

- wezwanie z dnia 21 lipca 2012 r. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia – wbrew twierdzeniu zamawiającego – w żaden sposób nie wskazuje, w zakresie stanowiących podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania warunków opisanych w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 oraz 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dostrzeżonych przez zamawiającego błędów w wykazie lub dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług;

- znamienne jest, że informacja o wykluczeniu odwołującego z postępowania jest znacząco bogatsza jeśli chodzi o uzasadnienie tej decyzji, aniżeli wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które ją poprzedza. W konsekwencji, wykonawca dopiero na podstawie tej informacji mógł powziąć wiedzę, jakie zastrzeżenia wobec złożonych z ofertą dokumentów miał zamawiający. W wezwaniu z 21 lipca 2012 r. nie mówi się ani słowem o niewystarczającym opisie przedmiotu usługi w protokole zdawczo – odbiorczym dotyczącym pozycji 12 wykazu usług, ani nawet pośrednio o tym dokumencie się nie wspomina. Na uwagę zasługuje w tej mierze stanowisko zamawiającego, który wykazywał, iż na podstawie faktu zacytowania w wezwaniu postawionego w Rozdziale VI pkt 1 pppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a i tu sama numeracja została podana błędnie jako: *Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia*) – str. 3 wezwania in fine, wykonawca powinien powziąć wiedzę, że uzupełnieniu podlega dokument na potwierdzenie należytego wykonania usługi z poz. 12 – tj. protokół zdawczo odbiorczy, co do którego nie sposób powiązać opisu zadania z jego treści z opisem zawartym w pozycji 12. Wbrew stanowisku zamawiającego, na podstawie treści: „*Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu zamawiający zażądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. od dnia 28 maja 2009 r. do dnia 28 maja 2012 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są*

22

wykonywane należycie. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty w ofercie nie potwierdzają spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, gdyż z dokumentów tych nie wynika realizowanie zamówień, na które powołuje się wykonawca

w przedłożonym wykazie jak również fakt, czy usługi które wykazuje wykonawca zostały wykonane lub są wykonywane należyście” nie sposób jednak wywieść, że wezwanie dotyczyło właśnie protokołu zdawczo – odbiorczego, w tym braku opisu zadania w tym dokumencie. Takiego wyjaśnienia, ani nawet podpowiedzi nie stanowią dokonane przez zamawiającego podkreślenia tekstu.

Podobnie ma się sprawa, jeśli chodzi o wymaganie z Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: zdaniem zamawiającego, odwołujący powinien wiedzieć, że chodzi o podanie tych samych zadań na potwierdzenie wymagań z pkt a) oraz b) Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zostało wyłączone modyfikacją specyfikacji z 4 maja 2012 r., a wiedzę tę odwołujący powinien powziąć z następującej części wezwania (str. 3 wezwania): „Na potwierdzenie spełnienia przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu zamawiający zażądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. od dnia 28 maja 2009 r. do dnia 28 maja 2012 r.), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w okresie wskazanym powyżej. Oznacza to, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powyżej określonym zakresie.” Powyższa część wezwania agregująca zastrzeżenia zamawiającego do różnych warunków z Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdaje się wyraźnie nawiązywać wyłącznie do okresu wykonanych usług, na co wskazuje dokonane przez zamawiającego podkreślenie. Ogólna konstatacja, z której zamawiający wywodził, że wezwanie dawało wykonawcy wystarczające informacje, by odczytać zakres uzupełnienia, o treści „Oznacza to, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powyżej określonym zakresie.” literalnie stanowi kontynuację wcześniejszych stwierdzeń (oznacza to (...)), to jest dotyczących okresu, w jakim wykonano wykazywane usługi.

W tych okolicznościach nie sposób oczekiwać od wykonawcy, by na podstawie tego wezwania miał odgadnąć, że zastrzeżenia zamawiającego koncentrują się na protokole zdawczo – odbiorczym z dnia 15 września 2009 r. oraz że dotyczą właśnie braku opisu

zadania w tym dokumencie, który by korespondował z jego opisem dokonany w wykazie usług. Podobnie jeśli chodzi o wymaganie z Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w wezwaniu nie mówi się ani słowem, że chodzi o niedopuszczalność posłużenia się tymi samymi zadaniami na potwierdzenia warunku wymaganego w pkt a) i b) tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia; wezwanie nawet pośrednio nie nawiązuje do odpowiedzi na zadane pytanie z której wynika niedopuszczalność wskazania tych samych usług dla doświadczenia w przygotowaniu co najmniej trzech pisemnych analiz, ekspertyz, opinii prawnych, a także projektów umów w zakresie współpracy jednostek samorządu terytorialnego z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi (pkt a) Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz w przygotowaniu co najmniej dwóch pisemnych analiz, ekspertyz, opinii prawnych, a także projektów umów w zakresie powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego realizacji zadań w formule partnerstwa publiczno - prywatnego, w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno - prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.) (pkt pkt a) Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Nawiązanie do tej odpowiedzi, a także dokonanej w związku z tym w dniu 4 maja 2012 modyfikacji pkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia pojawia się jedynie w piśmie o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zamawiający nie wspominał nie tylko o rozłącznym obowiązku wykazania warunku z Rozdziału VI pkt 1 pppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do jego punktów a) i b) ale także nie nawiązał do źródła takiego rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym jest wspomniana modyfikacja specyfikacji.

Postulowane przez zamawiającego na rozprawie, a wywodzone z profesjonalizmu

charakterystycznego dla postępowań o zamówienia publiczne oczekiwanie, że wykonawca odczyta z samego faktu wezwania i przytoczenia warunków zakres koniecznego uzupełnienia oznaczałoby nieakceptowalny poziom domyślności wykonawcy. Tymczasem wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie stanowi sygnalizacji przez zamawiającego, że złożone z ofertą dokumenty zawierają jakieś braki, ale wezwanie do uzupełnienia dokumentów, co stawia wymaganie elementarnej precyzji w tym wezwaniu oraz wskazania, w związku z jakim błędami to wezwanie wystosowano.

- potwierdzeniem stanowiska o nieobjęciu wezwaniem błędów w dokumentach, które dotyczą treści protokołu zdawczo – odbiorczego oraz posłużenia się tymi samymi zadaniami dla wykazania warunku z Rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia są użyte w treści wezwania podkreślenia. Należy przyjąć, że nie są one przypadkowymi, oraz że oddają dostrzeżone przez zamawiającego nieprawidłowości

24

w złożonych dokumentach, a w konsekwencji – wymagany zakres uzupełnienia. Te podkreślenia jednak nie nawiązują do tych błędów w dokumentach, które zamawiający uczynił powodem wykluczenia odwołującego z postępowania.

Powyższe okoliczności decydowały o uznaniu za zasadny wniosku prezentowanego w odwołaniu, iż zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów, jakich ocenę ostatecznie uczynił podstawą decyzji o wykluczeniu z postępowania. Na podstawie treści wezwania z 21 czerwca 2012 r. nie sposób wyczytać, by powody opisane w piśmie z 25 lipca 2012 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie tylko zostały objęte wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, ale choćby zostały zasygnalizowane. Powyższe czyniło zasadnym żądanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie wykazu usług w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu postawionego w Rozdziale VI, pkt 1 ppkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z udzieloną w dniu 4 maja 2012 r. odpowiedzią na pytanie nr 8, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w tym zakresie.

W odniesieniu do drugiego powodu wykluczenia odwołującego z postępowania, tj. nie wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdziale VI, pkt 1 ppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, celowe jest przede wszystkim wezwanie do wyjaśnienia dokumentu stanowiącego protokół zdawczo – odbiorczy, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Dostrzeżona nieścisłość, tj. brak opisu zadania w tym dokumencie, który by pozwolił na jego identyfikację oraz ustalenie zakresu, mieści się w dyspozycji tego przepisu. Jak podał zamawiający, ten dokument jest jedynym, który odnosić się może do zadania ujętego w poz. 12 wykazu usług, brak jest w ofercie odwołującego innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadania, co stoi na przeszkodzie uznaniu, by niemożliwe lub utrudnione było zidentyfikowanie obu zadań; zachodzi także zgodność w zakresie oznaczenia odbiorcy między wykazem a tym dokumentem. Nie ulega więc wątpliwości, że protokół zdawczo odbiorczy ze str. 96 i 97 oferty dotyczy pozycji 12 wykazu usług, czemu nie stoi na przeszkodzie drobna, dotycząca jednego dnia nieścisłość w zakresie daty rozpoczęcia usługi (w wykazie – 6 lipca 2010 r., a w protokole zdawczo – odbiorczym – 5 lipca 2010 r.). Brak oznaczenia w protokole zdawczo – odbiorczym nazwy zadania nie dyskwalifikuje tego dokumentu – wszak dokument referencji lub inny tego rodzaju dokument ma służyć przede wszystkim wykazaniu należytego wykonania zadania. Opis zadania, jego identyfikacja następuje w wykazie usług. Biorąc pod uwagę, że w protokole zdawczo – odbiorczym jako oznaczenie zadania podano jedynie dane dotyczące umowy: *umowa nr 201000572, zlecenie Nr 4400257165*, a także dane dotyczące stron tej umowy oraz okresu jej wykonywania, zaś stroną umowy jest jeden z członków konsorcjum odwołującego – wykonawca, jako strona tej

25

umowy ma pełną zdolność i możliwość dokonania w sposób wiarygodny wyjaśnienia zakresu tego zadania, czy nawet dopełnienia złożonego protokołu zdawczo – odbiorczego o umowę dotyczącą tego zadania. W powyższym zakresie w ogóle nie zachodziła przesłanka do wzywania do uzupełnienia wskazanego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi z pozycji 12, a co najwyżej do wyjaśnienia przez wykonawcę tego

dokumentu (art. 26 ust. 4 ustawy), co czyni podniesiony zarzut oraz dopełniające go żądanie, postawione jako alternatywne – zasadnym. Dopiero niewyjaśnienie dokumentu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 4 ustawy skutkowałoby koniecznością wezwania do jego uzupełnienia. Stąd orzeczono w powyższym zakresie o nakazaniu wezwania w ramach ponownego badania i oceny ofert odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi opisanej w pozycji 12 wykazu usług, oraz – z uwagi na szybkość i ekonomikę postępowania - do uzupełnienia tego dokumentu w zakresie pozwalającym na identyfikację zadania opisanego w protokole zdawczo – odbiorczym na str. 96-97 oferty odwołującego. Do wyboru wykonawcy pozostaje wyjaśnienie dokumentu w spornym, nie budzącym już, jak się wydaje, wątpliwości po przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym zakresie, względnie uzupełnienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w Rozdziale VI, pkt 1 ppkt 2 tiret 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji, wykluczenie odwołującego z postępowania, należało uznać za przedwczesne.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazane naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkowały zatem uwzględnieniem odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: