

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Poznań, dnia 27 czerwca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Piotr Majchrzak

Sędziowie SSO Wanda Międał

SSO Ewa Kaźmierczak

Protokolant st.sekr.sąd. Małgorzata Kotecka  
po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2013 r., w Poznaniu  
na rozprawie

sprawy ze skargi Skarbu Państwa Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu

przy udziale przeciwnika skargi Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie

oraz uczestnika postępowania INEA S.A. w Poznaniu

o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 22 marca 2013 r. sygn. akt KIO  
537/13

oddala skargę.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 8 marca 2013 r. Telekomunikacja Polska S.A. (dalej „Odwołujący”) złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi telekomunikacyjne dla Izby Skarbowej w Poznaniu, urzędów skarbowych woj. wielkopolskiego oraz Urzędu Kontroli Skarbowej w Poznaniu na: czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie odtajnienia oferty Inea S.A., zaniechanie wezwania Inea S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, zaniechanie wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia oferty Inea S.A. Odwołujący zarzucił Izbie Skarbowej w Poznaniu (dalej „Zamawiający”) naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej ustawy Pzp), w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Inea S.A., pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia; art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1, w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dołączonych do oferty Inea S.A.; art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Inea S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę; art. 89

ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inea S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dołączonych do oferty, wezwanie Inea S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, odrzucenie oferty Inea S.A.

Wyrokiem z dnia 22 marca 2013r., Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy Inea S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 5.5. SIWZ, z uwzględnieniem okoliczności podanych w uzasadnieniu. Kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego - Izbę Skarbową w Poznaniu.

Podstawą orzeczenia były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w pkt 5.5. SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazał:  
„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy

Wykonawca wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed, upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200.000 PLN każda." Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Przystępujący Inea S.A., złożył wykaz, w którym wskazał 3 usługi: w poz. 1 usługę wykonaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej w Poznaniu dotyczącą usług telefonii stacjonarnej, połączeń wychodzących i przychodzących miejscowych, strefowych, telefonii komórkowej, realizowaną w okresie 01 lipca 2011 - 28 lutego 2013 r. (kolejna umowa podpisana 1 marca 2013 r. umowa trwa nadal) o wartości 251 324,60 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia złożono referencje z 22 lutego 2013 r.; w poz. 2 Zamawiający wskazał na świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Poznańskiej od 20 marca 2012 (trwa nadal) oraz podał wartość zamówienia 297 059,20 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia złożony został protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora. W poz. 3 wskazał na dostawę światłowodowej sieci kablowej, świadczenie usług transmisji danych, świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej na terenie województwa wielkopolskiego na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu (KW PSP w Poznaniu). Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia dołączony został list referencyjny z 21 lutego 2013 r., protokół odbioru realizacji łącza światłowodowego z 30 sierpnia 2012 r., protokoły odbioru wyposażenia dodatkowego z 30 sierpnia 2012 r. oraz 24 września 2012 r. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 25 lutego 2013 r. uznał, że dokumenty: protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora nie mogą być uznane za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wskazanego poz. 2 wykazu, potwierdzają one bowiem jedynie odbiór wyposażenia dodatkowego. Ponadto, z referencji wskazanych z poz. 3 nie wynika, że Wykonawca świadczył na rzecz Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej. W konsekwencji Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu albo w odniesieniu do poz. 3 wykazu poprzez przedłożenie dokumentu potwierdzającego, że zakresem załączonej referencji objęte jest również świadczenie na rzecz zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, że przedłożenie w/w dokumentów potwierdzi spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wyznaczył termin 28 lutego 2013 r. informując, że w przypadku nieuzupełnienia w ww. terminie wskazanych powyżej

dokumentów wykonawca zostanie wykluczony z postępowania. W uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r. Przystępujący Inea SA w piśmie przewodnim wymienił następujące dokumenty: w zakresie poz. 2 - kopię umowy z dnia 20 marca 2012 r. zawartej z Politechniką Poznańską, w zakresie poz. 3 - fakturę z dnia 15 listopada 2012 r. dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 na kwotę 249.970,34 zł netto wystawioną dla KW PSP w Poznaniu. Ponadto odwołujący powołał się na usługę wykonywaną na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus

Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, załączając umowę z ww. podmiotem oraz referencje. Wskazano także na przekazanie faktur, jednak dokumentacja udostępniona przez Zamawiającego takich dokumentów nie zawierała. W odniesieniu do usługi wykonywanej na rzecz spółki Prywatnej Lecznicy Certus, Zamawiający podał następujące informacje: okres realizacji umowy: 01.2010 do 31.12.2014r., średnia wartość faktur z 6 miesięcy za usługi telekomunikacyjne - 4 493,05 zł, za cały okres trwania umowy za usługi telekomunikacyjne - 269 583 zł, podkreślił także, że załączone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dnia 26 lutego 2013 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Inea S.A. jako najkorzystniejszej. Dnia 28 lutego 2013 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Inea SA, wraz z pismem z 26 lutego 2013 r. Nie zostały udostępnione dokumenty dołączone do uzupełnienia: wystawiona dnia 15 listopada 2012 r. faktura dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011, umowa z Komendą Wojewódzką Straży Pożarnej w Poznaniu, referencje z Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o., umowa z Prywatną Lecznicą Certus Sp. z o.o., umowa z Politechniką Poznańską na usługi telekomunikacyjne z dnia 20 marca 2012r.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Inea S.A., pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 5.5. SIWZ. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia podanego w pkt 5.5. SIWZ wykonawca winien wykazać, że "wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 PLN każda." Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że Odwołujący nie kwestionował usługi wskazanej w poz. 1 wykazu dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu, toteż bezspornym jest, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne było wykazanie się jedną dodatkową usługą spełniającą wymogi Zamawiającego. Izba podniosła przy tym, że

usługa wskazana w poz. 2 - świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Poznańskiej od 20 marca 2012 r. o wartości zamówienia 297.059,20 zł nie może być uwzględniona. Ponadto, sam Zamawiający przyznał, że usługi z poz. 2 nie uwzględnił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.5. SIWZ, a i Przystępujący Inea S.A. nie dowodził konieczności zaliczenia tegoż zamówienia jako spełniającego wymogi postępowania. Izba uznała natomiast, wbrew stanowisku Zamawiającego, iż usługa wskazana w poz. 3 wykonana na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu (KW PSP w Poznaniu) także nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podzieliła wprawdzie prezentowanego w odwołaniu stanowiska, że zakres przedmiotowy usługi nie obejmuje świadczenia usług telefonii stacjonarnej, lecz w ocenie Izby nie został spełniony próg wartościowy wymagany przez Zamawiającego. Odnosnie adekwatności przedmiotowej usługi Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż w treści warunku Zamawiający nie ograniczył możliwości powoływania się na usługi wyłącznie "klasycznej" telefonii stacjonarnej, do których referuje Odwołujący w treści odwołania. Zamawiający słusznie nie znalazł zatem podstaw do zakwestionowania ich adekwatności przedmiotowej przy ocenie spełniania przez Przystępującego Inea S.A. warunku udziału w postępowaniu, a zarzut Odwołującego, iż usługi te nie są usługami telefonii stacjonarnej, nie znajduje uzasadnienia w zebranej w trakcie postępowania dokumentacji. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła jednak, że przedłożone przez Przystępującego Inea S.A. dokumenty, tj. faktura dotycząca realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 z KW PSP w Poznaniu na kwotę 249.970,34 zł netto (307.463,52 zł brutto) z dnia 15 listopada 2012 r. stanowi dowód na to, że powyższa usługa nie może być zakwalifikowana jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.5. SIWZ w zakresie wymaganej wartości. Z treści faktury wynika, że dotyczy ona usługi dostępu do sieci za pomocą łącza SIPTRUNK zgodnie z wymaganiami specyfikacji Etapu 3 w okresie od 15 listopada 2012 r. do 15 listopada 2017 r. - protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 15 listopada 2012 r. Przystępujący Inea S.A. wyjaśniał, że usługa została opłacona z góry za cały 5-letni okres jej świadczenia. Izba zauważyła jednak, że sformułowanie "wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości

minimum 200 000 PLN każda” oznacza, że zgodnie z treścią warunku wykonawca może powołać się zarówno na usługi z umów już zakończonych w ww. okresie ("wykonał"), jak i będących w trakcie wykonywania ("wykonuje"), przy czym próg wartościowy odnosić należy

nie do wartości usługi jako całości (wartości umowy), lecz wartości usług już wykonanych. Izba podzieliła w tym zakresie także stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 5 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1542/10. Uznała zatem, że sposób określenia płatności ("z góry") nie może być uznany za decydujący czynnik dla przyjęcia, że spełniony został warunek nabycia doświadczenia w realizacji usług o wymaganej wartości, choć faktycznie wykonany zakres jest niewielki i z pewnością nie odpowiada wymaganej przez Zamawiającego wartości. Konsekwencją akceptacji takiego stanowiska byłaby możliwość powołania się na należyte wykonanie usług realizowanych w ramach umów trwających bardzo krótki okres (np. tydzień), tylko z uwagi na opłacenie usługi za cały okres jej trwania. Zdaniem Izby jest to sprzeczne z celem potwierdzenia przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, który dotyczy wiedzy i doświadczenia już nabytego, a nie takiego, którego nabycie nastąpi w przyszłości. Skoro Zamawiający w treści warunku postawił określony próg wartościowy, dotyczyć on może tylko usług już wykonanych, choćby ich realizacja miała miejsce na podstawie umowy będącej w toku. Zdaniem Izby za zasadne należało uznać zatem stanowisko Odwołującego, że skoro umowa z KW PSP w Poznaniu obejmuje 5-letni okres świadczenia usługi, a jej łączna wartość brutto wynosi 307 463, 52 zł - świadczenie usług przez 3 miesiące - od listopada 2012 r. do lutego 2013 r. nie może być uznane za spełniające wymóg usług o wartości minimum 200 000 zł brutto. Podsumowując, w ocenie Izby powyższa usługa nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie powinna zostać przez Zamawiającego uwzględniona. Izba uznała także, iż wskazana przez Przystępującego Inea S.A. usługa wykonana na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła bowiem, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to wykonawca jest zobligowany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie obejmuje zarówno sytuacje, gdy wykonawca faktycznie warunków nie spełnia (tj. np. nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia), jak i gdy nie wykazał jego spełnienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oświadczeń wykonawcy, a zakres jego kognicji nie obejmuje samodzielnego uzupełniania tych oświadczeń o treści, które z tych oświadczeń jednoznacznie nie wynikają. W ocenie Izby Zamawiający w niniejszym postępowaniu powyżej opisany zakres swojej kognicji naruszył, uwzględniając w ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie tylko oświadczenia wykonawcy wynikające z pisma z 26 lutego 2013 r., ale dokonując własnych ustaleń i wniosków w oparciu o załączoną przez Przystępującego Inea S.A. dokumentację, wykraczających poza treść tych oświadczeń. Izba zaznaczyła, że wykonawca w treści pisma z 26 lutego 2013 r. (nie zastrzeżonej jako tajemnica

przedsiębiorstwa i udostępnionej przez Zamawiającego) podał następujące dane: okres trwania umowy: 01.2010 - 31.12.2014 r., średnia wartość faktury z 6 miesięcy za usługi telekomunikacyjne - 4 493,05 zł, za cały okres trwania umowy za usługi telekomunikacyjne - 269.583 zł. Powyższą wartość wykonawca ustalił przez przemnożenie podanej średniej wartości faktury z 6 miesięcy przez cały czas trwania umowy. Obejmowała zatem okres przyszły, który nie mógł być uwzględniony przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a podana wartość stanowiła w części hipotezę wpływów z przedmiotowej umowy. Izba podkreśliła, że - jak było to wskazane w odniesieniu do usługi podanej w poz. 3, - możliwość wykazania się usługami, które nie zostały zakończone, lecz są w trakcie realizacji, nie oznacza dopuszczalności powołania się na usługi przyszłe i generowane ze świadczenia tych usług spodziewane przychody. Izba nie dopuściła możliwości powołania się na usługę z góry opłaconą za cały okres jej trwania, tym bardziej zatem, w ocenie KIO, nie jest możliwe wykazywanie dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu usług, które mogą, lecz nie muszą być zrealizowane i wartości, które mogą, lecz nie muszą być osiągnięte. Umowa może ulec wcześniejszemu rozwiązaniu, a płatności obniżeniu. Zgodnie z treścią warunku okres, jaki mógł być uwzględniony to ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, który to termin wyznaczony został na 25 lutego 2013 r. Dokonane w ten sposób wyliczenie według zasad wskazanych przez Przystępującego Inea S.A. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Izba zauważyła, że metoda wyliczenia wartości wykonanego już zamówienia przyjęta przez Przystępującego Inea S.A. jest niewłaściwa. W ocenie Izby wykonawca powinien obliczyć faktyczną wartość zrealizowanych usług, co jest możliwe na podstawie faktur wystawianych kontrahentowi.

Tylko taka wartość stanowi bowiem rzeczywistą wartość zamówienia, która mogłaby zostać poddana ocenie zgodnie z treścią warunku. Wskazując na przekroczenie przez Zamawiającego kognicji przy ocenie spełniania przez Przystępującego Inea S.A. warunku udziału w postępowaniu Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, że w oparciu o dokumenty przedstawione przez wykonawcę wraz z uzupełnieniem z 26 lutego 2013 r., tj. umowę z Prywatną Lecznicą Certus Sp. z o.o. obejmującą cennik usług, dokonał samodzielnego wyliczenia wartości usług, które zostały przez Przystępującego Inea S.A. zrealizowane, przy czym wyliczenie objęło wyłącznie okres zbieżny z treścią warunku (3 lata poprzedzające upływ terminu składania ofert). Zamawiający przyjął jednak inne rozumienie pojęcia usług telekomunikacyjnych niż Przystępujący Inea S.A. i doliczył do podanej średniej wartości faktury koszt dodatkowych usług, które zakwalifikował jako usługi podtrzymujące. W ocenie KIO, gdyby podzielić rozumowanie Zamawiającego, wartość usług dodatkowych

nie stanowiących samej usługi telekomunikacyjnej w zakresie telefonii stacjonarnej, mogłaby zdecydowanie przekraczać wymagany próg wartościowy, np. w przypadku dzierżawy dużej liczby urządzeń. Zdaniem Izby treść warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie określa rodzaj usług, na jaki może powołać się wykonawca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający przyjął na podstawie załączonej umowy, że usługi o tej wartości były faktycznie świadczone, pomimo braku deklaracji w tym zakresie ze strony Przystępującego Inea S.A., który w ogóle nie odnosił się do wartości usług dodatkowych. Przystępujący Inea S.A. nie wskazał, w jakim celu załącza umowę z Prywatną Lecznicą Certus sp. z o.o. Zważywszy, że w treści pisma z 26 lutego 2013 r. na określenie przedmiotu usługi (wymieniono usługi telekomunikacyjne bez dookreślenia, że są to usługi telefonii stacjonarnej) załączona umowa mogła mieć na celu umożliwienie Zamawiającemu weryfikację zakresu przedmiotowego wykazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługi. W ocenie KIO uznać należało, że zamówienie na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe oznaczało, że Przystępujący Inea S.A., pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.5. SIWZ i podlega z tej przyczyny wykluczeniu z postępowania. Izba nie podzieliła także stanowiska Przystępującego Inea SA jakoby wezwanie z 25 lutego 2013 r. odnoszące się do pozycji 2 i 3 wykazu przedłożonego przez Przystępującego Inea SA., a nie wskazujące na konieczność przedstawienia nowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie było prawidłowe, co obligowałoby Zamawiającego do ponowienia wezwania. Zdaniem Izby konieczność taka nie zachodzi. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inea SA jako zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała, że zarzut ten jest co najmniej przedwczesny, jednakże za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mający wpływ na jej cenę. Zarówno odniesienie do wartości szacunkowej zamówienia, jak i wartości pozostałych ofert oraz specyfikacji zamówienia uzasadniało powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości odnośnie zaproponowanej przez Przystępującego Inea S.A. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Izba uznała jednak, że biorąc pod uwagę fakt uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego Inea S.A. z postępowania, nakazanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe.

Skargę na powyższe orzeczenie 'złożył Zamawiający, zaskarżając je w całości i zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i nakazanie

Zamawiającemu wykluczenia Inea S.A. jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy załączone przez Inea S.A. dokumenty których żądał Zamawiający potwierdzają że spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia

2. § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w zw. z

art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, złożone w postępowaniu przez Inea S.A. nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, podczas gdy dokumenty te są prawidłowe i potwierdzają że wykonawca spełnia powyższy warunek.

3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i ewentualne nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Inea S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania, zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania w tym kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi Telekomunikacja Polska S.A. wniosła o odrzucenie skargi ewentualnie o jej oddalenie ze względu na brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą prawa materialnego oraz procesowego, które miałyby wpływ na wyniki postępowania w zaskarżonym orzeczeniu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podzielił ustalenia i wnioski zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, które - jako prawidłowe i wyczerpujące - przyjmuje za własne (art. 3 82 kpc).

Odnosząc się do zarzutów skargi należało w pierwszej kolejności wskazać, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) oraz sporządzone w oparciu o

nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią elementy czynności prawnej - oświadczenia woli zawarcia umowy w trybie określonym w przywołanej wyżej ustawie. Stosownie do treści art. 14 tejże ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym wykładni oświadczeń woli złożonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy dokonywać zgodnie z regułami Kodeksu cywilnego, w szczególności wyrażonymi w art. 65. A zatem, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku gdy oświadczenie to jest kierowane do nieograniczonego kręgu adresatów, interpretacja oświadczenia woli polega wyłącznie na ustaleniu jego powszechnie przyjętego znaczenia - w oparciu o wykładnię obiektywną (vide: P. Machnikowski w: Kodeks cywilny. Komentarz, pod. red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Wydawnictwo C.H.Beck, 5. wydanie str. 166)). W tym przypadku podstawą wykładni są powszechnie przyjęte reguły językowe, przy czym wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście, bądź możliwy do ustalenia na podstawie pozostałych postanowień. Biorąc pod uwagę powyższe, należało przyjąć, że z cytowanego powyżej pkt. 5.5. SIWZ wynika, iż wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczy wartości usług już wykonanych. Słusznie w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby sprzeczne z celem potwierdzenia przez wykonawcę warunku, który dotyczy wiedzy i doświadczenia już nabytego, a nie takiego, którego nabycie nastąpi w przyszłości.

Zaprezentowany przez Zamawiającego w skardze pogląd, jakoby tak sformułowane w SIWZ wymogi co do wykazania wiedzy i doświadczenia oznaczały jedynie konieczność wykazania wartości usług już wykonanych, bądź będących w trakcie realizacji i nie oznaczały wymogu rzeczywistego wykonania tych usług w kwocie tamże wskazanej, nie znajduje

normatywnego oparcia. Zauważyć należy, że proponowana przez Skarżącego wykładnia oświadczenia zawartego w SIWZ przystaje raczej do procedury weryfikującej umiejętności w zakresie pozyskiwania kontraktów. Wątek ten nie był natomiast objęty postępowaniem w rozpatrywanej sprawie.

W ocenie Sądu Okręgowego, wykonawca Inea SA nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonywaniu usług objętych przedmiotowym przetargiem, gdyż przedstawione dokumenty (zarówno kontrakt z KW PSP w Poznaniu, jak i Prywatną Lecznicą

Certus Sp. z o.o.) dotyczyły usług jeszcze nie wykonanych. Mianowicie faktura nr FS - 48/12/FVSI wystawiona KW PSP w Poznaniu obejmowała usługę od 15.11.2012 do 15.11.2017r., a więc o wykazaniu doświadczenia można jedynie mówić w tym przypadku odnosząc się do wartości usług wykonanych w okresie od listopada 2012 r. do lutego 2013r., biorąc natomiast pod uwagę wysokość należności za okres 5 - letni trwania usługi, nie mogła być to kwota 200 000 PLN. Natomiast w przypadku kontraktu z Prywatną Lecznicą Certus nie został spełniony próg wartościowy wskazany w pkt 5.5. SIWZ, albowiem, jak wskazał sam przystępujący, średnia wartość faktur za okres 6 miesięcy wynosiła 4.493,05 zł, a zatem należało przyjąć, że od momentu podpisania umowy do dnia składania ofert - 25.02.2013r., kontrakt został wykonany na kwotę 170.735,9 zł. Ponadto, jak słusznie zauważyła KIO, Przystępujący Inea S.A. w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia powinien przedłożyć faktury faktycznie wystawione na rzecz kontrahenta, a nie wskazywać ich średnią wartość. Argumentacja strony skarżącej, zarówno co do kwestii rzeczywistej wartości kontraktu z firmą Certus, jak i - a ten wątek uznać należy za pierwszoplanowy - co do kompetencji Zamawiającego w zakresie badania dokumentacji przedstawionej przez firmę Inea SA, ma charakter wyłącznie polemiczny. Postępowanie Zamawiającego, polegające na samodzielnym poszukiwaniu przesłanek przemawiających za wyborem oferty najbardziej cenowo atrakcyjnej, z pominięciem stanowiska strony, która ofertę tę złożyła, narusza zasadę równego traktowania wszystkich podmiotów, które zgłosiły swoje oferty w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy nie podziela przy tym sugestii strony skarżącej co do tego, że takie postępowanie odpowiada aktualnym tendencjom, które uzewnętrzniają się w orzecznictwie i kolejnych nowelizacjach prawa. Argument ten ma charakter publicystyczny. Ignoruje tę okoliczność, że ustawa Pzp ma, w pierwszym rzędzie, charakter proceduralny, a uczestnicy postępowania zachowują autonomię, charakterystyczną dla obrotu cywilnego. Nie można zaakceptować postępowania zamawiającego, które wykracza poza weryfikację treści oferty, w tym stanowiących jej elementy oświadczeń (wymóg złożenia których wynika z ustawy). Ewentualne ustalenie przez zamawiającego, w toku badania przedłożonej dokumentacji, że treść oświadczenia, stanowiącego istotny element oferty nie jest właściwa, a zawarte w dokumentacji dane pozwalają na przedstawienie stanowiska odmiennego, korzystniejszego z punktu widzenia oferenta, w żadnym razie nie może skutkować czynieniem ustaleń z pominięciem już złożonego oświadczenia.

Ostatecznie przyjąć należało, że przystępujący Inea S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dlatego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał za zbędne odnoszenie się do pozostałych zarzutów skarżącego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp.

SSO Wanda Migdał SSO Piotr Majchrzak SSO Ewa Kaźmierczak