

Sygn. akt: KIO/UZP 152 /10

**WYROK/POSTANOWIENIE\***  
z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz  
**Członkowie:** Barbara Bettman  
Dagmara Gałczewska – Romek  
**Protokolant:** Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 18 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Euroimpex S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** protestu z dnia 31.12.2009 r.

przy udziale **Softex Data S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 47** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2.kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5 i nakazuje:**

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

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Euroimpex S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5** na rzecz **Euroimpex S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Euroimpex S.A., 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 3b,**

### **U z a s a d n i e n i e**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22.07.2009r. w Dzienniku urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 138-201641.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Dostawa i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych Systemu Zarządzania Wydrukiem”(Znak postępowania: TZ/3 70/43/09).

Zamawiającym jest: Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych ul. Szamocka 3, 5; 01-748 Warszawa.

Odwołującym jest: Euroimpex S.A. ul. Mydlana 3 b,51-502 Wrocław.

Przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest: Softex Data S.A. ul.Poleczki 47, 02-822 Warszawa.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem w dniu 31 grudnia 2009r.

Odwołanie zostało wniesione dnia 22 stycznia 2010 roku od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu, na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej “ustawą”, według stanu prawnego obowiązującego przed 29 stycznia 2010r.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie zarzutów i żądań protestu w całości.

Tak jak w proteście w odwołaniu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 7 ust 1 i 3, art. 14, art. 24 ust 2 pkt 3, art. 89 ust 1 pkt 5 art. 90 ust 1, art. 91 ust 1 ustawy.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość przeprowadzenia następujących czynności:

1. wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty,
2. nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej,
3. zaniechanie wykluczenia wykonawców Softex Data S.A. oraz Torell-Danuta Wingert i Stanisław Fiedur odrzucenia ich ofert.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 grudnia 2009 roku,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wykluczeniu z przetargu Odwołującego oraz decyzji o odrzuceniu jego oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców Softex Data S.A. oraz Torell-Danuta Wingert i Stanisław Fiedur odrzucenia ich ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, ewentualnie
5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący oświadczył, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie najkorzystniejsza.

W dniu 22 grudnia 2009r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 21 grudnia 2009 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w zakresie niezbędnego doświadczenia i w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Softex Data S.A.

W dniu 31 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający w całości oddalił w dniu 12 stycznia 2010 r.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 stycznia 2010 roku z zachowaniem terminów ustawowych.

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty, wnioski i twierdzenia zawarte w proteście.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że złożona przez niego oferta nie potwierdza wymagane przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego wymaganego zgodnie z SIWZ.

Bowiem Zamawiający w decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego oraz o odrzuceniu jego oferty zarzuca Odwołującemu jedynie, iż Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentów potwierdzających, iż wykazane prace zostały zrealizowane prawidłowo.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest całkowicie błędne, ponieważ Odwołujący dołączył do oferty dokumenty potwierdzające - np. przez firmę Energia Pro Gigawat, że umowa na jej rzecz została wykonana i że wykonane prace spełniają oczekiwania użytkowników.

Dalej Odwołujący podnosi, że dokument o takiej treści spełnia wymogi określone w obowiązujących przepisach odnośnie potwierdzania, że prace zostały wykonane należycie.

Odwołujący przywołuje orzecznictwo arbitrażowe i literalne brzmienie rozporządzenia z dnia 19 maja 2006r. w sprawie dokumentów zgodnie z którymi w przypadku umów trwających, wykonawcy mogą się wykazywać doświadczeniem w realizacji tej części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, która do dnia złożenia oferty został już wykonana.

Interpretacja Zamawiającego, przedłożonego przez Odwołującego dokumentu referencji jest sprzeczna z treścią rozporządzenia i w ocenie Odwołującego prowadzi do dyskryminacji wykonawców.

Ponadto Zamawiający - wbrew jego twierdzeniom zawartym w piśmie z dnia 21 grudnia 2009 r. - otrzymał od Odwołującego potwierdzenie, że wszystkie trzy wykazane prace spełniają wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ.

W piśmie z dnia 24 listopada 2009 r. w pierwszym akapicie Odwołujący jednoznacznie oświadczył, iż prace wskazane w wykazie spełniają „wymogi wskazane w Rozdz. IV pkt III ppkt 1.1 ustęp 7 SIWZ”.

Z kolei załączona do oferty Odwołującego referencja wystawiona przez Energia Pro Gigawat sp. z o. o. wyraźnie w akapicie drugim potwierdza, że wykonana przez Protestującego dostawa i usługa spełnia oczekiwania użytkowników. Dalej Odwołujący przywołuje pismo Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2009r. z którego wynika, że Zamawiający oczekiwał w treści referencji słów „należycie wykonana”.

Odwołujący uważa, na brak podstaw do oczekiwań Zamawiającego co do takiego stwierdzenia w treści referencji. Bowiem zgodnie z doktryną „W orzecznictwie przyjmuje się, iż dokumentami potwierdzającymi, że dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały wykonane należycie, mogą być listy referencyjne, protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Jednocześnie zamawiający nie może żądać, żeby z tych dokumentów wynikało coś więcej poza stwierdzeniem należytego wykonania zamówienia.” - Agnieszka Kurowska,

Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Tak również wyrok ZA z 11.04.2005 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-640/05. Podsumowując swoją argumentację Odwołujący wskazuje, że wystawienie referencji z samej istoty potwierdza prawidłowość wykonania usługi lub dostawy.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w swoim piśmie z dnia 21 grudnia 2009r. bezpodstawnie wprowadził nowy wymóg, aby wykonawcy wykazali się realizacją tylko dostaw zakończonych, a ponadto, aby w referencjach znalazły się sformułowania „należycie wykonał”.

Odwołujący podtrzymał zarzuty wobec pozostałych wykonawców i zarzut nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem zawartym w proteście.

Tym samym wykonawcy ci powinni podlegać wykluczeniu, a ich oferty odrzuceniu.

Co do zarzutów wobec pozostałych wykonawców to w proteście z dnia 31 grudnia 2009r. Odwołujący podnosił co następuje.

Zamawiający stosujący tak rygorystyczne wymogi wobec Odwołującego w odniesieniu do wykonawców Softex Data S.A. Torell-Danuta Wingert i Stanisław Fiedur zaniechał jakiegokolwiek weryfikacji ich doświadczenia. Również w ich referencjach nie było użytego zwrotu o należyтым wykonaniu zamówienia. Obaj ci wykonawcy we wszystkich swoich pracach wykazali jedynie realizację usług monitorowania Systemu Zarządzania Wydrukiem, ewentualnie wdrożenia go. W żadnej z przedstawionych prac nie wykazali jednak realizacji dostawy urządzeń o wskazanych w SIWZ parametrach.

Tymi zarzutami pod adresem wykonawców Softex Data S.A. Torell-Danuta Wingret Wingert i Stanisław Fiedur, Odwołujący domaga się wykluczenia i odrzucenia ich ofert.

Ponadto w proteście Odwołujący użył następującej argumentacji przeciw wykluczeniu jego z postępowania.

Zamawiający w SIWZ postawił wykonawcom następujący warunek odnośnie niezbędnego doświadczenia - rozdział IV, pkt III podpunkt 7: „wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, (co najmniej jedna dostawa) w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących (w ramach jednej umowy) co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie”.

W ocenie Odwołującego, co podtrzymał również na rozprawie, na podstawie warunków udziału Zamawiający wymagał, aby ubiegający się o zamówienie wykonawca potrafił wykazać, że zrealizował co najmniej 1 dostawę i wdrożenie Systemu Zarządzania Wydrukami obejmujących co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących.

Tymczasem w piśmie z dnia 21 grudnia 2009 r. uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający podaje, że dostawa wykazana w pozycji 2 nie potwierdza, że została zrealizowana, dla co najmniej 500 użytkowników i dla co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, poprzez brak niezbędnych referencji, z czym nie zgadza się Odwołujący.

O pozostałych pracach Zamawiający pisze jedynie, iż nie zostały jeszcze zakończone. Jak należy domniemywać, Zamawiający nie bierze ich pod uwagę wyłącznie z tego względu iż nie są umowami zakończonymi.

Takie rozstrzygnięcie postępowania Odwołujący uważa za całkowicie błędne.

Odwołujący udzielił odpowiedzi potwierdzającej na pytanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2009 r., którym Zamawiający oczekiwał odpowiedzi czy praca wykazana w pkt 2 obejmuje co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 urządzeń w ramach jednej umowy. Niezrozumiałe dla Odwołującego jest zatem stanowisko Zamawiającego, po otrzymaniu odpowiedzi Odwołującego z dnia 24 listopada 2009r., że dołączone referencja nie potwierdza prawidłowego wykonania usługi. W ocenie Odwołującego wystąpiła absurdalna sytuacja, gdy Zamawiający pyta o jedną rzecz, a po otrzymaniu odpowiedzi na swoje pytanie, wyklucza wykonawcę z powodu, o który go w ogóle nie pytał.

Odwołujący w proteście podkreśla, że załączona do oferty referencja wystawiona przez Energia Pro Giga wat Sp. z o. o. wyraźnie w akapicie drugim potwierdza, że wykonana przez Odwołującego dostawa i usługa spełnia oczekiwania użytkowników.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że z samej definicji referencja wystawiona przez zleceniodawcę potwierdza prawidłowe wykonanie dostawy lub usługi, bez konieczności użycia w jej treści jakichś określonych słów.

Reasumując w proteście Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w swoim piśmie z dnia 21 grudnia 2009r. bezpodstawnie wprowadził nowy wymóg, aby wykonawcy wykazali się realizacją tylko dostaw zakończonych, a ponadto, aby w referencjach znalazły się sformułowania „należy wykonać”.

Co do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w rozstrzygnięciu protestu to przedstawia się ona następująco.

Zamawiający postanawiał oddalić protest w całości.

W uzasadnieniu decyzji przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Stosownie do przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w SIWZ wymagano załączenia do oferty wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, (co najmniej jednej dostawy) w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukami obejmujących (w ramach jednej umowy) co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie.

Tymczasem Odwołujący załączył do oferty dokument (Wykaz), w którym nie zawarł m.in. informacji w zakresie wartości i przedmiotu dostaw oraz do którego nie załączył dokumentów potwierdzających, że dostawy wskazane w przedmiotowym Wykazie zostały wykonane należycie. Odwołujący został więc wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wymienionych dokumentów.

W dniu 16.10.2009 r. Wnoszący protest przedstawił uzupełnienia, tj.:

1. Wykaz dostaw, w którym wymienione zostały trzy dostawy, z czego:

- w poz. 1 Wykazu wskazano zamówienie nie wykonane, bowiem w kolumnie „Data wykonania” wskazano jedynie „Od 07.11.2007 r.”,
- w poz. 2 Wykazu, wymieniono zamówienie już wykonane w dniu 06.10.2008 r.,
- w poz. 3 Wykazu wskazano również zamówienie nie wykonane, ponieważ w kolumnie „Data wykonania” wskazano jedynie „Data rozpoczęcia wdrożenia 04.08.2009 r.”.

2. Pismo „EnergiaPro Gigawat” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 02.12.2008 r., dotyczące dostawy wymienionej w poz. 2 ww. Wykazu, w którym „EnergiaPro Gigawat” zaświadcza jedynie, że Protestujący dostarczył i wdrożył rozwiązanie zintegrowanego systemu drukowania, kopiowania, skanowania i faksowania dokumentów oraz przedstawia informacje odnoszące się wyłącznie do cech tego systemu.

3. „Protokoły przekazania sprzętu”, które sumarycznie stanowią jedynie dowód przekazania czterech pojedynczych kopiarek.

W świetle powyższego stanu faktycznego, Protestujący do jedynej zakończonej dostawy z poz. 2 Wykazu - nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tego

zamówienia, ponieważ informacje zawarte w tym piśmie wskazują jedynie, że system został dostarczony i wdrożony, okazując się przydatnym i wykorzystywanym oraz, że zainstalowane urządzenia spełniają oczekiwania użytkowników. Tym samym informacje te odnoszą się wyłącznie do cech tego systemu (produktu dostawy), a nie zawierają informacji, dotyczących sposobu wykonania przez Protestującego przedmiotowego zamówienia, określonego w warunkach zawartej umowy i w konsekwencji informacje te nie stanowią potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

Powyższe stanowisko jest zgodne z komentarzem do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), pod redakcją Włodzimierza Dzierżanowskiego (wydanym przez Grupę Doradczą Sienna), w którym w zakresie przedmiotowego zagadnienia, stwierdzono, że niewystarczające jest złożenie dokumentów wskazujących na właściwe funkcjonowanie produktu, które będą przedmiotem dostawy, ponieważ celem przedłożenia dokumentu jest potwierdzenie wiedzy i doświadczenia podmiotu (wykonawcy), a nie cech produktów.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że „Protokoły przekazania sprzętu” będące jedynie dowodem przekazaniu czterech pojedynczych kopiarek, nie mogą stanowić dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy i wdrożenia zintegrowanego systemu zarządzania wydrukiem w liczbie 50 sztuk o cesze dla co najmniej 500 użytkowników.

Ponadto Zamawiający informuje, że nie można zgodzić się z sugestią Protestującego, że z samej definicji referencja wynika prawidłowe wykonanie dostawy, ponieważ zgodnie z „Małym Słownikiem Języka Polskiego”, wydanym przez Wydawnictwo Naukowe PWN, referencja to „opinia, informacja, wiadomości o kimś”, a więc definicja tego określenia nie stanowi i nie przesądza o tym, że jest to opinia pozytywna.

Protestujący został więc wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie złożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 uzupełnionego Wykazu dostaw.

Na marginesie należy dodatkowo zauważyć, że zgodnie z jednoznacznymi zapisami SIWZ (które Protestujący zaakceptował na etapie składania ofert, a które aktualnie podważa) i stosownie do charakteru przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych zamówień, a nie wykonywanych (będących w trakcie realizacji, tak jak Protestujący określił to dla poz. 1 i 3 Wykazu dostaw). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 ww Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), tylko w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, wykaz może uwzględniać wykonywane dostawy lub usługi.

W konsekwencji powyższego Odwołujący składając ofertę, a następnie uzupełniając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nadto dodatkowo wyjaśniając treść oferty nie potwierdził, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat



przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie - co najmniej 1 zamówienie w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących - w ramach jednej umowy - co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących.

Odnosząc się także do zarzutów Protestującego, dotyczących innych uczestników postępowania. Zamawiający informuje, że:

- Wykonawca „Softex-Data” S.A. z siedzibą w Warszawie przedstawił dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w tym referencję wystawioną przez „Goodyear”, w której znajduje się potwierdzenie terminowego i zgodnego z warunkami zawartej umowy wykonania zamówienia,
- Wykonawca „Torell Danuta Wingert, Stanisław Fiedur” Sp. jawna z siedzibą w Pruszczu Gdańskim przedstawił dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w tym referencję wystawioną przez „Polpharma S.A.”, w której znajduje się potwierdzenie, że dostawa i wdrożenie systemu zostały wykonane należycie.

Tym samym zarzuty Odwołującego odnoszące się do ww. Wykonawców są bezpodstawne, w szczególności biorąc pod uwagę również, że Zamawiający w treści SIWZ nie wymagał -jak błędnie sugeruje Protestujący - aby w treści referencji potwierdzano należyte wykonanie zamówienia o parametrach technicznych identycznych jak wskazane w dokumentacji przetargowej w Opisie przedmiotu zamówienia.

Przedstawiając powyższe, Zamawiający informuje, iż zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia, zaś żądania nie zasługują na uwzględnienie i Zamawiający obowiązany był postąpić jak na wstępie rozstrzygnięcia protestu.

Pismem z dnia 10 lutego 2010r. do postępowania odwoławczego przystąpił Wykonawca wybrany to jest Softex Data S.A. Warszawa ul.Poleczki 47 po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ przy obowiązującym jednym kryterium oceny ofert to jest cenie, jego oferta zawierała najkorzystniejszą cenę. Przez decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym Izba uznała,

że odwołanie spełnia przesłanki z art.179 ust.1 ustawy w zakresie interesu prawnego Odwołującego do wniesienia odwołania.

Przedmiotem sporu jest spełnienie wymogu posiadania doświadczenia zawodowego zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego oraz przez wykonawcę TORELL–Danuta Wingret, Stanisław Fiedur spółka jawna, 83-000 Pruszcz Gdański ul. Obrońców Westerplatte 5, zgodnie w wniesionym protestem i odwołaniem.

Zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu jak i SIWZ zawarto następujące wymogi w zakresie doświadczenia zawodowego:

„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie- co najmniej jedno zamówienie w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących- w ramach jednej umowy- co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących.

Ocena spełnienia wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu będzie odbywała się na podstawie: wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie (co najmniej jedna dostawa) w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących ( w ramach jednej umowy) co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie.”

Z kolei w zakresie wymaganych dokumentów wykonawca miał obowiązek wraz z ofertą złożyć następujące dokumenty i oświadczenia:

„wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie (co najmniej jedna dostawa) w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących ( w ramach jednej umowy) co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie.”

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia ( SIWZ) oraz zgodnego oświadczenia stron i uczestnika postępowania na rozprawie wynika, że Zamawiający nie opracował wzoru wykazu wykonanych dostaw, jaki ma załączyć do oferty wykonawca.

Wzór tabeli stanowiącej Wykaz wykonawcy sporządzili na podstawie przedstawionego powyżej opisu Wykazu zawartego w SIWZ, każdy we własnym zakresie.

Należy zaznaczyć, że przedmiotem postępowania jest „Dostawa i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych Systemu Zarządzania Wydrukiem”

Z powyższego tytułu zamówienia oraz z treści SIWZ wynika, że wykonawca wybrany będzie zobowiązany dostarczyć urządzenia drukujące, a następnie wdrożyć u Zamawiającego – System Zarządzania Wydrukiem.

Zamawiający oczekiwał po stronie wykonawców składających oferty wykazania doświadczenia zawodowego obejmującego co najmniej jedno zamówienie w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących- w ramach jednej umowy- co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących.

Niemniej wskazując dokument, oświadczenie, którym wykonawca miał wykazać spełnienie postawionego warunku określił go jako „Wykaz” i „dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie.”

Natomiast wykaz, który miał potwierdzać wykonanie dostawy urządzeń obejmujących co najmniej 500 użytkowników oraz 50 urządzeń drukujących w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem ( w ramach jednej umowy) powinien zawierać: wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców.

Oprócz wykazu powinny być załączone dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie.

Przy czym dla spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego wystarczała jedna dostawa.

Reasumując na podstawie literalnej wykładni SIWZ wykonawca powinien dostarczyć Wykaz dostaw urządzeń drukujących na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego, w którym powinien podać:

1. wartość dostawy,
2. przedmiot dostawy,
3. daty wykonania,
4. odbiorców.

Oprócz „Wykazu” wykonawca powinien dostarczyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania w zakresie nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego bezspornie przyznali, że Wykaz załączony do oferty Odwołującego, nie spełniał wymogu SIWZ, a w ogóle do oferty nie załączono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy (dowód: Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia - str. 32 oferty Odwołującego).

W związku z nie przedstawieniem odpowiedniego Wykazu oraz brakiem referencji w dniu 14.10.2010r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 ustawy wezwał Odwołującego do przedstawienia Wykazu przywołując w piśmie Rozdz.IV pkt III ppkt 1.1.7 SIWZ, w którym Zamawiający opisał jakich to wykonanych dostaw oczekiwał.

Natomiast dokonując podkreślenia tekstu wskazał Zamawiający, że „załączony do oferty dokument (wykaz) nie zawiera informacji w zakresie wartości, przedmiotu, dat wykonania oraz nie załączono do niego dokumentów potwierdzających, że dostawy wskazane w przedmiotowym dokumencie zostały wykonane należycie – Zamawiający wzywa do jego uzupełnienia o treści i dokumenty, o których mowa”.

Z powyższego wezwania wynika, że Zamawiający oczekuje uzupełnionego wykazu dostaw z podaniem brakujących:

1. wartości,
2. przedmiotu,
3. dat wykonania.

Poza tym miał być dołączony dokument o należyтым wykonaniu dostawy.

Za pismem przewodnim otrzymanym przez Zamawiającego w dniu 19 października 2009r. Odwołujący przedłożył Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zawierającym trzy pozycje z zastrzeżeniem, że dane zawarte w wykazie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wnosi o nie udostępnianie jej innym podmiotom.

Z oświadczenia złożonego na rozprawie przez Zamawiającego wynika, że nie odtajniono Wykazu, a na rozprawie również nie złożono w tym zakresie żadnych wniosków.

W związku z objęciem Wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa Izba stwierdza, że Wykaz obejmuje: trzy pozycje, w których podano odbiorców wykonanych dostaw z podaniem ich

nazw i adresów, wartość w złotych brutto w poz. 1 i 2, a w trzeciej pozycji wartość została zastrzeżona przez Zamawiającego, przedmiot w poz. 1 dzierżawa na 36 m-cy, w poz. drugiej dostawa urządzeń, a w trzeciej pozycji sprzedaż i wdrożenie systemu do monitorowania i rozliczania wydruków oraz rozliczania urządzeń drukujących, data wykonania w poz. 1 i 3 wskazano od kiedy, a w poz. 2 datę wykonania. Do Wykazu załączono referencje do poz. 1 i 2. Przy czym z referencji do poz. 1 jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie zapewnił w ramach dzierżawy co najmniej 50 urządzeń drukujących. Dokument do poz.1 Wykazu „protokół przekazania sprzętu został wystawiony przez Energia Pro Koncern Energetyczny S.A. Pl. Powstańców Śląskich 20, 53-114 Wrocław w dniach 22.11.2007r. – 3 sztuki protokółów i jeden protokół bez daty wystawienia. Czyli poz. Pierwsza Wykazu nie spełnia wymogu SIWZ, z uwagi na brak osiągnięcia ilości co najmniej 50 urządzeń drukujących. Do poz. 2 Wykazu załączono referencję spełniającą wymóg dokumentu potwierdzającego należyte dostarczenie i wdrożenie rozwiązania zintegrowanego systemu drukowania, kopiowania, skanowania i faksowania dokumentów. Dokument wystawiono 02.12.2008r. przez Energia Pro Gigawat Sp. z o.o. GTI/81/2008. W ocenie Izby dokument ten potwierdza należyte wykonanie dostawy.

W zakresie poz. 3 Wykazu nie załączono żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy.

W związku z powyższym ocenę spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego w ocenie Izby można dokonywać tylko i wyłącznie na podstawie poz. Drugiej Wykazu.

Zamawiający w dniu 20.11.2009r. na podstawie art. 26 ust.4 ustawy poprosił Odwołującego o złożenie wyjaśnień, ponieważ uzupełniony Wykaz „budzi zastrzeżenia w zakresie, czy wskazana w tym dokumencie w poz. 2 (zrealizowana-zakończona) dostawa urządzeń wielofunkcyjnych Nashuatec oraz instalacja Systemu zarządzania Wydrukiem (...) obejmuje co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 urządzeń w ramach jednej umowy.”

Odwołujący pismem z dnia 24 listopada 2009r. udzielił odpowiedzi wyjaśniając, że złożony uzupełniony Wykaz spełnia wymogi wskazane w Rozdz. IV pkt III ppkt 1.1 ust.7 SIWZ.

W myśl przywołanego powyżej Rozdz. IV Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy pkt III Wymagane dokumenty ppkt 1.1 Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu:ust.7 SIWZ

„wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie (co najmniej jedna dostawa) w zakresie dostawy i wdrożenia Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujących (w ramach jednej umowy) co najmniej 500

użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie.”

W ocenie Izby powyższe wyjaśnienie potwierdza, że w poz. 2 Wykazu, który jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa potwierdzono dostawę obejmującą 50 urządzeń drukujących i 500 użytkowników.

Natomiast wobec braku wzoru Wykazu w formie tabeli, wskazującej na wymaganą treść i stanowiącej załącznik do SIWZ oraz uwzględniając zapis SIWZ z którego wynika, że w Wykazie należy podać wartości, przedmiot, daty wykonania i odbiorców, Izba stwierdziła, że treść Wykazu uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego spełnia wymogi SIWZ, ponieważ dotyczy dostaw urządzeń wielofunkcyjnych Nashuuatec oraz instalacji Systemu Zarządzania Wydrukiem. Natomiast z regulacji SIWZ nie wynika, że w tabeli w zakresie przedmiotu należy podać co najmniej 500 użytkowników i 50 urządzeń drukujących z zaznaczeniem, że dotyczy to jednej umowy. W związku z tym, wezwanie Odwołującego na podstawie art.26 ust.4 ustawy do wyjaśnienia czy w poz.2 Wykazu znajduje się dostawa urządzeń wielofunkcyjnych Nashuuatec oraz instalacja Systemu Zarządzania Wydrukiem na co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 urządzeń w ramach jednej umowy jest usprawiedliwione wobec wątpliwości Zamawiającego, ale pomimo wymogu takiego doświadczenia, w ocenie Izby Wykonawcy nie byli zobowiązani z własnej inicjatywy przy formułowaniu Wykazu podawać w nim powyżej wymienione parametry doświadczenia zawodowego (co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 urządzeń w ramach jednej umowy). Pomimo, iż jak podnosił Przystępujący, Odwołujący w piśmie z dnia 24 listopada 2009r. w drugim akapicie wyjaśnień wskazał, że nie czuje się zobowiązany do przedstawiania dokumentów potwierdzających dostawę co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 szt. urządzeń drukujących, wobec funkcjonowania na rynku od 20 lat, a nie jak inne podmioty działające krócej niż trzy lata, ale z kolei w ostatnim akapicie tego pisma, tak jak w pierwszym akapicie pisma ponownie oświadcza Odwołujący, że przesłany Wykaz dostaw wyczerpuje warunki postawione w SIWZ. Wobec powyższego w ocenie Izby kwestionowanie żądania wykazania doświadczenia wobec długoletniej działalności na rynku nie niweczy złożonego oświadczenia we wstępie pisma jak i w jego zakończeniu o spełnieniu wymagań SIWZ w zakresie co najmniej 500 użytkowników i co najmniej 50 urządzeń w ramach jednej umowy.

Zamawiający pismem z dnia 21.12.2009r. zawiadomił o:

1. wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem jej wyboru,

2. informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert, zawierającym punktację przyznaną w kryterium oceny ofert – cena 100 %,
3. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania.

Zamawiający odnosząc się do Odwołującego, który został wykluczony wskazał, że uzupełniona referencja nie potwierdza należytego wykonania zamówienia dla pozycji drugiej wykazu.

W ocenie Izby, Odwołujący przedłożył referencję potwierdzającą należyte wykonanie zamówienia dla pozycji drugiej Wykazu, co opisano powyżej.

Reasumując Izba dokonując oceny spełnienia Wymogu SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego Odwołującego stwierdza, że został spełniony przez niego wymóg przez przedstawienie Wykazu (w zakresie poz.2 uzupełnionego Wykazu) oraz załączonej referencji (do poz.2 Wykazu).

Izba nie odnosi się do zarzutu Odwołującego, iż w przypadku usług okresowych lub ciągłych Wykonawca ma prawo wykazać w ramach uzyskanego doświadczenia część usług wykonanych i odebranych przez Zamawiającego pomimo trwania nadal usługi, ponieważ usługi wynikające z uzupełnionego Wykazu poz.1 i 3, nie spełniają wymogu w zakresie wielkości urządzeń ( 50 urządzeń drukujących), a dla pozycji nr 3 nie przedstawiono w ogóle dokumentu należytego wykonania.

Natomiast odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie oferty Przystępującego to Izba uwzględniając pismo z dnia 20.10.2009r. Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności dat w referencji i w Wykazie wdrożenia systemu dla Grupy Goodyear oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia z dnia 21.10.2009r. uznała, iż Przystępujący spełnił wymagania SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego.

Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego, iż w samej tabeli Przystępujący użył zwrotu „wdrożenie sytemu” zamiast dostawy urządzeń, ponieważ z pisma przewodniego z dnia 23.11.2009r. wynika, że załączany jest Wykaz wykonanych dostaw” oraz z nagłówka Wykazu wynika, że przedstawiony jest Wykaz wykonanych dostaw, a Przystępujący w treści tabeli, w poszczególnych pozycjach wskazał, jakiej ilości użytkowników oraz urządzeń wdrożenie obejmowało.

Natomiast w przypadku wątpliwości oraz biorąc pod uwagę, iż brak jednoznacznego określenia w SIWZ treści Wykazu Zamawiający stosuje wyjaśnienia w trybie art.26 ust.4 ustawy to jest czy przez wdrożenie systemu należy rozumieć również dostawę urządzeń.

Co do oferty TORELL Danuta Wingret i Stanisław Fiedor, Izba również nie uwzględniła zarzutów Odwołującego, ponieważ jak powyżej tytuł tabeli wskazuje na „Wykaz wykonanych

dostaw” pomimo, że w tabeli zawarto zwrot „System zarządzania Wydrukiem”, ale z samych referencji wynika, że zamówienie obejmowało dostawę i wdrożenie Systemu Zarządzania Wydrukiem obejmujący określone ilości użytkowników i urządzeń drukujących.

Natomiast Zamawiający w razie wątpliwości co do treści Wykazu stosuje tryb art.26 ust.4 ustawy.

Izba stwierdzając naruszenie przepisów ustawy art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt 3 ustawy wobec Odwołującego uwzględniła odwołanie, ponieważ ich naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, co nakazuje art.191 ust.1a ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.191 ust.6 i 7 ustawy oraz z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. z późn.zm. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zasądzając uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3600zł.



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....