

Sygn. akt: KIO 1533/13

WYROK
z dnia 9 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. przez wykonawcę NEWIND spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie przy udziale wykonawcy Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NEWIND spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NEWIND spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. [1] Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „dostawę i wdrożenie przełączników sieciowych LAN w Terenowych Jednostkach Organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 230-378777.

[2] Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w istotnym dla tej sprawy zakresie było przedmiotem zainteresowania Krajowej Izby Odwoławczej, w następstwie odwołania z 6 grudnia 2012 r. Dotyczy to postanowień:

- w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia:

Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełnić niżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu: Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). Umowa na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji) (Sekcja III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 230-378777).

- w zakresie mechanizmu wyłonienia pięciu wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają postawiony warunek udziału w postępowaniu:

Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu wyłoni Wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). (sekcja II ust. 2 ogłoszenia).

Wykonawca, który spełni ww. warunek otrzyma 1 pkt. za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy, Wykonawca otrzyma dodatkowo -1 pkt.

Każda kolejna umowa spełniająca ww. warunek, którą wykaże Wykonawca będzie oceniona zgodnie z niżej opisanym kryterium przyznawania punktów, tj. za umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto) oraz minimum 2 letni okres gwarancji Wykonawca otrzyma - 5 pkt, za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy Wykonawca otrzyma dodatkowo 1 pkt. (sekcja II ust. 3 pkt 1) i pkt 2) ogłoszenia).

Wskazane postanowienia zostały wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2012 r. w spr. KIO 2678/12 uznane za dopuszczalne – Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła złożone wobec ich brzmienia odwołanie.

[3] Zamawiający w dniu 7 marca 2013 r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o zaproszeniu, wśród pięciu wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełnili warunki, wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie do złożenia oferty. Wykonawcy, których Zamawiający na tym etapie zaprosił do złożenia oferty otrzymali następujące ilości punktów:

- 1) VERBICOM SA w Poznaniu - 10937 punktów (1 miejsce);
- 2) ZETO - RZESZÓW Sp. z o. o. w Rzeszowie – 10908 punktów (II miejsce);
- 3) LOGON SA w Bydgoszczy - 10895 punktów (III miejsce);
- 4) SYMMETRY Sp. z o. o. w Warszawie – 10741 punktów (IV miejsce);
- 5) Trecom Sp. z o. o. S.K.A. w Warszawie – 10728 punktów (V miejsce);
- 6) DECSOFT S.A. w Warszawie - 8527 punktów;
- 7) CENTRUM INFORMATYKI ZETO S.A. w Białymstoku - 7351 punktów;
- 8) HENWAR A..... Z.....-M..... w Warszawie - 8527 punktów;
- 9) MEGATEL Sp. z o. o. sp. k., w Krakowie - 7173 punktów;
- 10) B3System S.A. w Warszawie – 8527 punktów;
- 11) Konsorcjum firm: NextiraOne Polska Sp. z o. o. w Warszawie, ATM Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie - 176 punktów;
- 12) BIPROGEO GIS Sp. z o. o. we Wrocławiu - 8527 punktów;
- 13) ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie - 8527 punktów;

14) NEWIND Sp. z o. o. we Wrocławiu - 9350 punktów.

[4] Powyższa ocena wniosków spotkała się z odwołaniem złożonym przez Odwołującego, który zakwestionował zaproszenie do składania ofert wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, wskazując na bezpodstawne przyznanie temu wykonawcy punktów.

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13 uwzględniła odwołanie i nakazała Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym pominięcie w ramach oceny wniosku złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie doświadczenia udostępnionego przez Huawei Technologies Co. Ltd. W uzasadnieniu tego orzeczenia podano m.in.:

- „regulacja art. 26 ust. 2b ustawy, służy umożliwieniu wykonawcom wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu również przy pomocy potencjału podmiotów trzecich, tj. nie biorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób opisany w dyspozycji tego przepisu. W świetle aktualnego orzecznictwa sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r. sygn. akt II Ca 373/12, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012r. sygn. akt XIX Ga 461/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 936/12, wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012r. sygn. akt II Ca 757/12) ustalonym wydaje się pogląd, iż możliwe było (w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy z dnia 12 października 2012 r., Dz. U. poz. 1271) korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego dla wykazania nie tylko samego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także dla wykazania ich jak „najlepszego” spełniania, warunkującego zaproszenie do składania ofert w trybie przetargu ograniczonego (art. 51 ust. 2 Pzp)”;

- „(...) w trakcie postępowania, tj. na dzień składania wniosków, Trecom Sp. z o.o. S.K.A. nie udowodniła zamawiającemu, iż w trakcie realizacji zamówienia dysponowała będzie potencjałem Huawei Technologies Co. Ltd., a przynajmniej tego typu okoliczności nie wskazano i nie wykazano przed Izbą. Z tego też względu nakazano pominięcie doświadczenia Huawei Technologies Co. Ltd. wykazywanego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez przystępującego”;

- „Ponadto skład orzekający Izby wskazuje, na niemożliwości uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdy w postępowaniu nie występują braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty złożone wcale nie zawierają błędów. We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez przystępującego, w sposób wystarczający i prawidłowy potwierdzono spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak więc podstaw do zastosowania wyjątkowej procedury uzupełniania wniosku.

Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt KIO 350/12, KIO 357/12, a także w wyrokach wydawanych w sprawach: KIO 742/11, KIO 2256/10, KIO 232/12 czy KIO 133/12.”

[5] Zamawiający, wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2013 r. i dokonał przeliczenia punktów we wnioskach odpowiednich wykonawców - Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w wyroku, to jest z pominięciem doświadczenia udostępnionego przez Huawei Technologies Co. Ltd a także we wnioskach innych wykonawców – z pominięciem tego doświadczenia, co do którego wykonawcy uzupełnili dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku dodatkowo punktowanego, ponad doświadczenie wykazywane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający przyznał w dniu 13 czerwca 2013 r. następujące ilości punktów odpowiednim wykonawcom:

- 1) VERBICOM SA w Poznaniu - 10937 punktów (1 miejsce);
- 2) ZETO - RZESZÓW Sp. z o. o. w Rzeszowie – 10908 punktów (II miejsce);
- 3) LOGON SA w Bydgoszczy - 10895 punktów (III miejsce);
- 4) SYMMETRY Sp. z o. o. w Warszawie – 10741 punktów (IV miejsce);
- 5) CENTRUM INFORMATYKI ZETO SA w Białymstoku - 7351 punktów (V miejsce);
- 6) Konsorcjum firm: NextiraOne Polska Sp. z o. o. w Warszawie, ATM Systemy Informatyczne S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie - 176 punktów;
- 7) Trecom Sp. z o. o. S.K.A. w Warszawie – 37 pkt;
- 8) DECISOFT S.A. w Warszawie – 1 pkt;
- 9) HENWAR A..... Z.....-M..... w Warszawie – 1 pkt;
- 10) MEGATEL Sp. z o. o. sp. k., w Krakowie – 1 pkt;
- 11) B3System S.A. w Warszawie – 1 pkt;
- 12) BIPROGEO GIS Sp. z o. o. we Wrocławiu – 1 pkt;
- 13) ESKOM IT Sp. z o. o. w Warszawie – 1 pkt;
- 14) NEWIND Sp. z o. o. we Wrocławiu - 1 pkt.

W części, w której Zamawiający przyznał odpowiednim wykonawcom 1 pkt, w miejsce wcześniejszej oceny – tej z dnia 7 marca 2013 r. – Zamawiający podał, że powyższe jest spowodowane nieuwzględnieniem doświadczenia uzupełnionego z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 24 czerwca 2013 r. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na błędnej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, ocenie spełnienia warunków, przyznaniu punktów

wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia w sposób niezgodny z zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na zaniechaniu dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, tj. do zaliczenia Odwołującego do grona wykonawców zapraszanych do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 50 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezzasadne nie uwzględnienie przedłożonych przez Odwołującego wykazu wykonanych dostaw i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych dostaw w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu według kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu, skutkujące przyznaniem 1 punktu za spełnienie warunku udziału w postępowaniu;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez błędne uznanie, że przepis ten wyklucza możliwość przyznania dodatkowych punktów wnioskowi wykonawcy, który uzupełnił dokumenty na skutek zastosowania przedmiotowego przepisu przez Zamawiającego;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nie przyznanie Odwołującemu właściwej liczby punktów za spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. 9350 punktów.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym klasyfikacji Wykonawców;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) sklasyfikowanie Odwołującego na V pozycji i zaliczenia do grona wykonawców zapraszanych do złożenia oferty.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą potwierdzać zasadność stawianych zarzutów:

- wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia zobowiązani byli wykazać, że: *„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach*

rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). Umowa, na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji)". Zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawcy mogli korzystać z zasobów innych podmiotów.

- Odwołujący w dniu 22 stycznia 2013r pismem Zamawiającego nr 993200/370/IN-78/2013, z dnia 22 stycznia 2013r. został wezwany do uzupełnienia dokumentów, tj. wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień. Odwołujący w dniu 28 stycznia 2013r. wraz z oświadczeniem, iż na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełnia wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu przedłożył w uzupełnieniu dokumenty, tj. wykaz zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, iż dokumenty uzupełniane, a dotyczące pozycji od 2 do 14 wykazu wykonanych umów, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem numer 993200/370/IN-188/2013, z dnia 7 marca 2013 roku poinformował o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, ocenie spełnienia warunków, przyznaniu punktów wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Odwołujący otrzymał 9350 punktów;

- W wyniku powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, na skutek orzeczenia KIO z 2 kwietnia 2013r. (sygn. akt 630/13), Odwołujący pismem numer 993200/370/IN-457/2013 z dnia 13 czerwca 2013r. został poinformowany o przyznaniu 1 punktu za wykazane zrealizowane zamówienia. Zamawiający wskazał, że wykaz zamówień został złożony na skutek zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w związku z tym przyznał on tylko 1 punkt otrzymany za spełnienie warunku udziału w postępowaniu;

- Odwołujący pomimo spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu nie został zakwalifikowany do grupy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, pomimo, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu i w przypadku prawidłowej oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia znalazłby się na V miejscu, czyli w gronie wykonawców zaproszonych do złożenia oferty;

- czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 51 ust. 2 w zw. z art. 50 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że dokumenty złożone przez Odwołującego wskutek wezwania Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdzają dodatkowego doświadczenia Odwołującego, w związku z czym Odwołującemu został przyznany tylko jeden punkt. Zauważyć należy, iż przedmiotem poprzednio wniesionego KIO 630/13 była wadliwa ocena wniosku złożonego przez TRECUM Sp. z o.o. SKA w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła jedynie, iż niemożliwe jest uzupełnienie

dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy w postępowaniu nie występują braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wniosku złożonego przez Odwołującego taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nastąpiło w sytuacji braku dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie znajduje więc uzasadnienia zmiana decyzji Zamawiającego dotyczącej przyznania punktów wnioskowi złożonemu przez Odwołującego. Ustawa Pzp w żaden sposób nie zastrzega możliwości uzupełniania dokumentów jedynie dla warunków minimalnych. Co więcej, ustawa Pzp nie wprowadza w ogóle takiego rozróżnienia. Nie ma podstaw do odrębnego traktowania dokumentów potwierdzających doświadczenie, które Zamawiający punktuje i za które nie przyznaje się punktów lub przyznaje 1 punkt, dokumenty te dotyczą bowiem jednego i tego samego warunku doświadczenia. Jak wynika z treści art. 51 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu składania wniosków w niniejszym postępowaniu) do składania ofert zapraszani są wykonawcy, którzy uzyskali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wszystkie dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie posiadania wiedzy doświadczenia (zarówno te punktowane jak i nie punktowane przez Zamawiającego) składane są na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. To baśnie jednolicie sformułowane warunki udziału w postępowaniu podlegają ocenie Zamawiającego, który ustala jedynie sposób ich oceny. Ustawodawca nie przewidział odrębnej kategorii warunków punktowanych czy warunków wykraczających poza warunki minimalne. Natomiast art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala na uzupełnienie właśnie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków, nie wprowadzając żadnych rozróżnień. Przeciwna wykładnia jest nadinterpretacją i prowadziłaby do paradoksalnego wniosku, że zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyklucza możliwość zastosowania art. 51 ust 2 ustawy Pzp. Stąd jednoznaczna jest wykładnia art. 26 ust 3 w zw. z art. 51 i art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, potwierdzająca, że brak jest przeciwwskazań do oceniania uzupełnionych dokumentów wykonawcy i punktowania ich.

- Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. skład orzekający wyroku KIO/1918/10 z dnia 20 września 2010 r. podkreślił, iż *„ani art. 26 ust. 3 p.z.p., ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n. p.z.p.) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania dokumentów, w zależności od tego, czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie”*. Stanowisko to podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza wydając 13 stycznia 2011 r. wyrok o KIO 2816/10, KIO14/11 cyt.: *„ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n.*

ustawy) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, czy nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez zamawiającego warunków jest wybór wykonawców (w liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. Analiza treści art. 26 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, iż w przetargu ograniczonym obowiązują ogólne reguły rządzące uzupełnianiem dokumentów” (podobnie przykładowo wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r; sygn. akt KIO/UZP 1503/08, wyrok KIO z dnia 20 września 2010 r. sygn. akt KIO 1918/10, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. sygn, akt: KIO/UZP 904 /10, wyrok KIO z dnia 19 lipca 2010 r. sygn. akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10): „Uzupełniony dokument, aby na jego podstawie można było przyznać punkty, musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na moment upływu terminu składania wniosków”;

- Zamawiający opisując w ogłoszeniu o zamówieniu sposób kwalifikacji wniosków, nie wskazał, iż przy przyznawaniu punktów nie będzie brał pod uwagę dokumentów uzupełnionych na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przyjęcie przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania, iż nie będzie przyznawał punktów za doświadczenie potwierdzone uzupełnionymi dokumentami, jest tworzeniem nowych zasad kwalifikacji, już po złożeniu przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i niedopuszczalnym rozszerzeniem zapisów pkt. IV. 1.2) ogłoszenia. Warto przy tym zauważyć, iż zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu: „Za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy, Wykonawca otrzyma dodatkowo - 1 pkt”. Zamawiający wskazał, że przyzna 1 pkt. za każdy kolejny milion wartości dostaw wdrożenia, nie zastrzegając przy tym, że nie dotyczy to doświadczenia wykazanego w wyniku uzupełnienia dokumentów. Brak jest w takiej sytuacji miejsca na interpretację przedmiotowych zapisów ogłoszenia, ich literalna wykładnia jest bowiem jednoznaczna. Zamawiający nie może bowiem w trakcie trwania postępowania zmieniać zasad, według których podejmuje decyzje o zaproszeniu do składania ofert. Takie działanie wprost narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie czynności Zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu winny zostać powtórzone. Z treści dokumentów, które zostały Zamawiającemu przedłożone wynika bowiem jednoznacznie, iż Odwołujący powinien mieć przyznanych 9350 punktów;

- Działania Zamawiającego, poza naruszeniem przepisów wskazanych na wstępie odwołania są również sprzeczne z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na skutek błędnego zastosowania przepisów ustawy Pzp,

Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia, co bez wątpienia stanowi naruszenie ww. wskazanych zasad.

IV. Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w razie jego nieuwzględnienia - o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek złożony przez wykonawcę NEWIND spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, 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 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, przedmiotem wydanego uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą, w dniu 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13 wyroku, nie była ocena wniosku Odwołującego, zaś czynności wykonane przez Zamawiającego, to jest rewizja przyznanej punktacji – jakkolwiek podjęte w wyniku impulsu wynikającego z tego wyroku – nie stanowią jego wykonania. Wydany wyrok jest następstwem złożonego w danym postępowaniu odwoławczym odwołania, skoro Odwołujący w tamtym postępowaniu kwestionował jedynie ocenę wniosku Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie i to odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła. Nakazane tym wyrokiem powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odnosi się przede wszystkim do oceny wniosku wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie i wobec niego jest skierowane, w sentencji wyroku zaakcentowano wszak obowiązek tej oceny wobec tego wykonawcy z pominięciem doświadczenia udostępnionego przez Huawei Technologies Co. Ltd. Potwierdza to uzasadnienie tego orzeczenia, które nie stanowi przecież ogólnej oceny postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jego całościowej analizy, ale traktuje o jego konkretnym wycinku, to jest dokonanej przez Zamawiającego ocenie wniosku złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A

w Warszawie. W uzasadnieniu tego orzeczenia wyrażono między innymi stanowisko o niemożliwości uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w postępowaniu nie występują braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty złożone wcale nie zawierają błędów, co dotyczyło raczej ustosunkowania się do żądania postawionego w odwołaniu: nakazania zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym klasyfikacji Wykonawców „*po ewentualnym wezwaniu wykonawcy Trecom sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w przypadku wystąpienia przesłanek uzasadniających takie wezwanie*”. Gdyby mieć co do tego wątpliwość, że ocena w wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13 odnosiła się wyłącznie do wniosku Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, to rozstrzyga ją wyraźna wzmianka uczyniona w zdaniu następnym po tym, w którym skład orzekający zawarł twierdzenie o niedopuszczalności uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w postępowaniu nie występują braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty złożone wcale nie zawierają błędów: *”We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez przystępującego, w sposób wystarczający i prawidłowy potwierdzono spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak więc podstaw do zastosowania wyjątkowej procedury uzupełniania wniosku. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt KIO 350/12, KIO 357/12, a także w wyrokach wydawanych w sprawach: KIO 742/11, KIO 2256/10, KIO 232/12 czy KIO 133/12.”* Jakkolwiek powyższa teza o niedopuszczalności uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w postępowaniu nie występują braki w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty złożone wcale nie zawierają błędów, ma cechy uniwersalnej, to w uzasadnieniu wydanego wcześniej orzeczenia została skierowana wobec przedmiotu postępowania odwoławczego – ten zaś stanowiła ocena przez Zamawiającego wniosku złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie. Nie sposób zatem nakazu zawartego w wydanym wyroku odnosić do oceny wniosków innych wykonawców, aniżeli wynika to z tego orzeczenia. Powyższa ocena, nawet jeśli poprzez jej oparcie na ogólnych tezach zachowuje aktualność wobec oceny wniosków innych wykonawców, nie jest objęta nakazem wynikającym z wydanego wyroku – postulat zachowania tych samych reguł oceny wobec wniosków innych wykonawców może być rozpatrywany przez pryzmat zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy) a następnie możliwość podejmowania i unieważniania czynności przez zamawiającego samodzielnie, ponad nakaz

wynikający z wydanego orzeczenia, w celu doprowadzenia postępowania do stanu zgodności z prawem. Oznacza to jednak konieczność merytorycznej analizy dokonanej przez Zamawiającego czynności, co nie pozwala na odrzucenie odwołania.

Istotne w tej mierze sugestie, jakkolwiek dotyczące poprzedniego stanu prawnego (w odniesieniu do okresu, kiedy funkcjonował jeszcze protest jako środek ochrony prawnej) ale nie tracące na swej aktualności sformułowane zostały w postanowieniu Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 stycznia 2009 r. w spr. o sygn. 583/08: *„Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2008 r. jest błędne. Stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W doktrynie przeważa pogląd, iż odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp następuje wtedy, gdy Zamawiający podjął czynność, którą miał obowiązek wykonać zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a czynność ta była skonkretyzowana, np. nakazująca unieważnienie postępowania. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co nastąpiło w wyroku KIO z 10.07.2008 r., nie stanowiło wykonania skonkretyzowanej czynności, która ostatecznie mogłaby zakończyć postępowanie wywołane zamówieniem. Zamknięcie możliwości kontroli wyniku badania i oceny ofert, który jest następstwem czynności Zamawiającego, jest niezgodne z intencją przepisów ustawy Pzp. Gdyby przyjąć rozumowanie KIO, iż Zamawiający wykonał zalecenia składu orzekającego Izby, a mianowicie powtórzył czynność ponownego badania i oceny ofert, to poza kontrolą KIO, a następnie ewentualnie Sądu, byłby zawsze wynik tego ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w wyniku takiego powtórnego badania i oceny ofert, będąc poza kontrolą, mógłby wybierać wykonawcę nie spełniającego SIWZ, bądź odrzucać oferty takich wykonawców, którzy spełnialiby obowiązki wynikające z SIWZ, a przecież nie taki jest cel ustawy przepisów Pzp. Art. 1 ustawy Pzp stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przepis ten nie wyłącza kontroli udzielania zamówień publicznych w wyniku powtórnego badania i oceny ofert. Mając na względzie treść powyższych rozważań, Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie Skarżącego należało rozpoznać merytorycznie.”.*

Powyższe czyni wniosek o odrzucenie odwołania, uzasadniony tezą, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu – nieuzasadnionym.

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

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, 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: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na zaproszenie do złożenia oferty, a w konsekwencji - na uzyskanie zamówienia.

III. OCENA ZARZUTÓW PODNIESIONYCH W ODWOŁANIU

Odwołanie podlega oddaleniu.

Nas wstępie, nie sposób odmówić trafności szeregu spostrzeżeń poczynionych przez Odwołującego co do podstaw dokonywanej przez Zamawiającego oceny.

Po pierwsze, zgodzić się trzeba z argumentacją, że czynność ponownej oceny wniosku Odwołującego i przyznania innej niż wcześniej punktacji, to jest bez uwzględnienia doświadczenia wykazanego na podstawie uzupełnionych dokumentów nie wynika z nakazu zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13. Obowiązek uwzględnienia okoliczności będących podstawą uwzględnienia odwołania, nawet jeśli w istocie oznacza potwierdzenie trafności zarzutów, co do zasady wspólnych także innym wykonawcom, nie wynika z treści wyroku wydanego w następstwie odwołania wniesionego przez danego wykonawcę i nie wywiera bezpośredniego skutku wobec innych wykonawców i sytuacji, aniżeli objęte tym odwołaniem. W wykonaniu uprzednio wydanego wyroku Zamawiający był bowiem obowiązany do dokonania odpowiednich czynności w zakresie wyznaczonym treścią odwołania, w następstwie którego wydano ten wyrok. Wyrok z dnia z dnia 2 kwietnia 2013 r. w sprawie KIO 630/13 uwzględnia odwołanie złożone przez Odwołującego i jest następstwem uwzględnienia żądań tego odwołania. Okoliczność, że wyrok ten nakazuje powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym pominięcie w ramach oceny wniosku złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie doświadczenia udostępnionego przez Huawei Technologies Co. Ltd., nie oznacza jeszcze, że w jego zakresie mieszczą się czynności wobec innych wykonawców aniżeli ten, którego dotyczyło złożone odwołanie. W ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały skonstruowane w ten sposób, że kontrola decyzji zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje tylko na

żądanie zainteresowanego podmiotu przy czym rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów – w myśl przepisu 192 ust. 7 ustawy – Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, wydane w postępowaniu odwoławczym rozstrzygnięcie jest następstwem wniesienia środka ochrony prawnej przez danego odwołującego, którego ramy wyznacza zakres tego środka odwoławczego.

Nie sposób zatem -0 jak zdaje się to czynić Zamawiający - wywodzić o obowiązku nieuwzględnienia dla celów przyznania odpowiedniej punktacji doświadczenia uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, z faktu wskazania w sentencji tego wyroku, że Zamawiającemu nakazano powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – przecież wykonanie wytycznych co do oceny wniosku Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, w tym pominięcia przy ocenie doświadczenia udostępnionego przez Huawei Technologies Co. Ltd., wymagało wyeliminowania całej czynności oceny wniosków, nie tylko tego złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie.

Nie oznacza to jednak, że ocena dokonana przez Zamawiającego w dniu 13 czerwca 2013 r. oraz jej wynik są nieprawidłowe.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, ponowiona ocena wniosków może – i powinna – być wynikiem własnej inicjatywy Zamawiającego, jeśli w swoim działaniu dopatry się niedoskonałości i naruszenia przepisów. Powyższe nie musi być bowiem konsekwencją wydanego w sprawie orzeczenia, a może wynikać z samodzielnego działania Zamawiającego i jego własnego dążenia do działania zgodnego z prawem. Powinno wreszcie być ono podjęte, jeśli skutkowałoby odmienną oceną wniosków wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji, do czego obliguje ogólna zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert albo wniosków, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd przy tej ocenie lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, 22 lutego 2011 r. w spr. KIO 290/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).

Analiza okoliczności faktycznych sprawy determinowała wniosek, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosku wykonawcy NEWIND spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu. Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 50 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, z niżej przedstawionych powodów.

[1] Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne uznawanie – w celu przyznania odpowiedniej punktacji umożliwiającej wyłonienie grona pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty - doświadczenia uzupełnionego z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w warunkach gdy wykonawca, na podstawie złożonych we wniosku w celu wykazania spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu dokumentów wykazał spełnienie warunku. Nie jest także dopuszczalne wzywianie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w zakresie innym, aniżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest w celu uczestnictwa w postępowaniu, a nie dla uzyskania

punktacji umożliwiającej zaproszenie do złożenia oferty – jeśli wnioski złożyła większa liczba wykonawców, aniżeli Zamawiający w ogłoszeniu przewidział zaproszenie do złożenia oferty.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawny, kompletny, opatrzony wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami wniosek, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania wniosków.

Ustawodawca przewidział przy tym odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień ich składania i umożliwił wykazanie spełnienia warunków z zastosowaniem instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełnienia warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający ma każdorazowo obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli wykonawca nie złożył dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, albo złożył dokumenty zawierające wady formalne, a także każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dyspozycja tego przepisu odnosi się zatem wyłącznie do dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego a także pełnomocnictw. Nie obejmuje to natomiast dokumentów, jakie wykonawca składa w celu uzyskania odpowiedniej punktacji, służącej zakwalifikowaniu go w postępowaniach dwuetapowych do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, inną sprawą jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tego dotyczą regulacje zawarte w art. 22, 25 oraz 26 ustawy Prawo zamówień publicznych), inną zaś ocena w celu wyłonienia grupy wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert (co wynika

z art. 51 ust. 1 – 3 ustawy w odniesieniu do przetargu ograniczonego, art. 60 d ust. 1 – 4 ustawy w odniesieniu do dialogu konkurencyjnego). Tylko do pierwszego zakresu, to jest do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu znajduje zastosowanie regulacja art. 26 ust. 3 ustawy. Oznacza to tyle, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym stanowi powołany przepis (a w konsekwencji – uwzględnienia przy ocenie dokumentów), dotyczy jedynie dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu („warunków minimalnych”, umożliwiających udział w postępowaniu), nie zaś po to, by uzyskać taką lub inną punktację warunkującą zaproszenie do składania oferty. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, przepis art. 51 ust. 2 ustawy nie jest prostą kontynuacją regulacji dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, odnoszą się do wyczerpania przez wykonawcę pewnej sytuacji opisanej przez zamawiającego, w celu zagwarantowania poprawnego wykonania zamówienia, zapewnienia że wykonawca posiada zdolność wykonania go w sposób niezakłócony i prawidłowy. Wobec tych przepisów wskazuje się, że mają one służyć umożliwieniu jak najszerszego dostępu do uzyskania zamówienia. Mają one zatem charakter otwierających dostęp do zamówienia publicznego. Przepis art. 51 ust. 2 ustawy służy natomiast zawężeniu kręgu wykonawców, z których każdy posiada przesądzoną już zdolność wykonania zamówienia; w stosunku do których ustalono już spełnienie warunków udziału w postępowaniu w celu prowadzenia postępowania o zamówienie w ramach procedury ograniczonej. Powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem, iż nieuprawnione jest proste wnioskowanie, że skoro przepis art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala skonstruować listę rankingową wykonawców zaproszonych do składania ofert na podstawie stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu, to należy uwzględniać spełnienie odpowiedniego warunku, w pełnym zakresie, w tym z uwzględnieniem uzupełnienia dokonanego przez wykonawcę.

Z samej konstrukcji art. 51 ust. 2 ustawy wynika, że przepis ten nie jest swego rodzaju dopełnieniem czy kontynuacją regulacji związanej ze sposobem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. O ile normy wynikające z treści art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2b czy art. 26 ust. 2 c ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią regulacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, to już takiego znaczenia nie sposób przypisać przepisowi art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. O ile bowiem przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu (art. 22, art. 26 ustawy) wiążą się nieodłącznie z kwestią zdolności do realizacji zamówienia, rękojmią dla zamawiającego że zamówienie wykonane zostanie przez danego wykonawcę w sposób należyty, niezakłócony i terminowy, to innemu celowi służy regulacja zawarta w art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie inny jest cel tego przepisu aniżeli sfera spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepis ten pozwala bowiem dokonać oceny –

w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu. W tym tylko zakresie są zatem wskazane przepisy ze sobą sprzężone. Wzajemny związek wskazanych przepisów sprowadza się zatem do tego, że Zamawiający – jako adresat normy wyrażonej w art. 51 ust. 2 ustawy - na etapie konstruowania ogłoszenia o zamówieniu zobowiązany jest w razie wyboru trybu przetargu ograniczonego do podania liczby wykonawców, których zaprosi do składania ofert (w granicach od 5 do 20) oraz podania kryterium, na podstawie którego dokona wyselekcjonowania ustalonej przez siebie liczby wykonawców, przy czym wskazane kryterium (lub kryteria) może być ustalone wyłącznie w ramach tych podstaw, które zarazem stanowią warunki udziału w postępowaniu.

W świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ma zatem gwarantowaną przepisami możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając jednak na przyszłą ocenę punktową wniosku (tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji), potwierdzić, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wezwanie takie może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, gdyż jedynie do tego upoważnia przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Jeżeli postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu został przyjęty jako kryterium oceny wniosków – w aspekcie wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w przetargu ograniczonym, brak jest przesłanek prawnych aby stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wzywania do uzupełniania dokumentów, poza sytuacją, gdy zadania referencyjne w odniesieniu do spełnienia warunków minimalnych także podlegają wliczeniu do punktacji ogółem. Podzielono w tym zakresie ocenę wyrażoną przykładowo w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r. w spr. o sygn. 133/12.

Odwołujący zaś warunki udziału w postępowaniu spełnił dopiero w wyniku uzupełnienia wykazu oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Wniosek Odwołującego nie zawierał żadnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu; dopiero w wyniku wezwania Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Na gruncie analizowanej sprawy, jeśli dopiero na podstawie uzupełnionego Wykazu i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikały zadania mające służyć przyznaniu odpowiedniej punktacji – brak

było podstaw do uwzględnienia przez Zamawiającego uzupełnionych dokumentów ponad tę punktację, jaka wynikała ze spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie sposób przy tym czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu, że dopiero po wskazaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą właściwej ścieżki postępowania, przy ponownej ocenie wniosków dokonał poprawienia wadliwej czynności i wobec wszystkich wykonawców, którym uprzednio zaliczył doświadczenie wykazywane w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skorygował przyznaną punktację, ograniczając ją do doświadczenia wykazanego w oparciu o dokumenty złożone we wniosku, z pominięciem tych uzupełnionych. Jak wskazano wcześniej, zamawiający jest uprawniony do korygowania podejmowanych czynności, jeśli dostrzeże, że nie ustrzegł się błędów.

Bez znaczenia jest tutaj chwiejność tego stanowiska wyrażająca się w pierwotnej ocenie wniosków (z dnia 7 marca 2013 r.). Okoliczność, że Zamawiający wytyczne co do oceny wykazywanego doświadczenia w celu uzyskania punktacji pozwalającej na zaproszenie do składania ofert (prekwalifikacja ograniczona do pięciu wykonawców), w tym sugestię że nie jest dopuszczalne uwzględnianie w tym zakresie doświadczenia, co do którego wykonawca nie złożył wraz z wnioskiem kompletnych dokumentów a uzupełnił je z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wywiódł nie z własnej analizy i przemyśleń a wyczytał je dopiero z uzasadnienia wydanego w przedmiotowym postępowaniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13, nie oznacza, że tak dokonana – w dniu 13 czerwca 2013 r. – ocena wniosku Odwołującego jest nieprawidłowa.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że wydane orzeczenie z 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13 wyraźnie przesądza o niedopuszczalności wezwania do uzupełnienia dokumentu w odniesieniu do wniosku złożonego przez Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, którego ocena wykazała, że nie potwierdza on spełnienia warunku udziału (zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów). Krajowa Izba Odwoławcza, uznając złożony dokument za wadliwy, nakazała pominięcie przy ocenie punktowej doświadczenia wykazywanego z zastosowaniem tego dokumentu, nie zaś jego uzupełnienie. Oznacza to zatem tyle, że w odniesieniu do jednego z wykonawców - Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie Zamawiający zobligowany był uwzględnić w celu przyznania odpowiedniej punktacji jedynie te dokumenty, które znalazły się w złożonym wniosku i były na tym etapie poprawne, bez możliwości ich następczego uzupełnienia.

Przyjąć należało, że argumenty przemawiające za taką oceną znajdują zastosowanie także do ofert innych wykonawców, jeśli również w stosunku do nich Zamawiający dokonując ich oceny uwzględniłby doświadczenie, co do którego wykonawca uzupełnił następczo

dokumenty. Zaniechanie powyższego stanowiłoby o nierównym potraktowaniu wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji, skoro Zamawiający byłby zobligowany dokonać pewnej oceny wobec jednego wykonawcy, a nie miałby takiej możliwości wobec innych. W takim jedynie zakresie wydany wcześniej wyrok wpływa na ocenę wniosku Odwołującego – nie nakłada na Zamawiającego obowiązków wobec innych wykonawców w sposób pozwalający na ich egzekucję, niemniej wyrażona w nim ocena prawna – jeśli dotyczyłaby wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji, powinna być zastosowana także wobec nich. W przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z rażąco dysproporcją oceny takich samych sytuacji: w jednej Zamawiający obowiązany byłby uwzględnić uzupełnione przez wykonawców dokumenty i przyznać na ich podstawie punktację (co dotyczy siedmiu, spośród czternastu wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu, co obejmuje również wniosek Odwołującego), w drugiej zaś nie miałby możliwości wezwania w tym samym celu do uzupełnienia dokumentów, dla jedynie poprawienia dokumentów złożonych wraz z wnioskiem (co dotyczy wniosku Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie).

Jeśli więc Krajowa Izba Odwoławcza, w odniesieniu do wniosku Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie uznała, że ocena stopnia spełnienia warunku udziału w postępowaniu winna odbyć się jedynie na podstawie tych dokumentów, jakie złożone zostały we wniosku tego wykonawcy, bez możliwości ich uzupełnienia, to nie sposób uznać, że wobec innych wykonawców właściwe jest uwzględnianie przy ocenie uzupełnionych dokumentów. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że o ile wykonawca Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie w złożonym wniosku zawarł wykaz usług oraz dopełniającego go dokumenty (tyle, że niewłaściwie sporządzone – zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazujące na niewłaściwie oznaczony podmiot), to Odwołujący w ogóle nie złożył we wniosku jakiegokolwiek dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dla przyznania odpowiedniej punktacji.

Rządząca postępowaniem o zamówienie publiczne zasada równego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie uznaniu, że Zamawiający miałby pozostać obojętnym na fakt, że wykonawcy, w tym Odwołujący nie złożyli we wniosku żadnych dokumentów a uzupełnili je dopiero na wezwanie Zamawiającego, podczas gdy jednocześnie pozbawiony byłby uprawnienia wezwania do uzupełnienia dokumentów wobec wykonawcy, który takie dokumenty złożył, ale okazały się one wadliwymi.

Powody, które przyświecają niemożności zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy wobec wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A w Warszawie, a które podała Krajowa Izba Odwoławcza w wydanym w dniu 2 kwietnia wyroku w spr. KIO 630/13 wobec wniosku tego wykonawcy, znajdują zastosowanie także do innych wykonawców.

[2] Podzielając w pełni pogląd o niedopuszczalności wezwania w postępowaniu dwuetapowym do uzupełnienia dokumentów, w zakresie wykraczającym ponad potrzebę wykazania przez wykonawcę spełnienia stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu (czemu dała wyraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w spr. KIO 630/13 w tym postępowaniu, ale także w szeregu dotyczących tej kwestii orzeczeń), za czym przemawia – po pierwsze – zawężająca i ścisła wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dostrzeżenia wymaga, że wszystkie czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne muszą być rozpatrywane przez pryzmat wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zwrócić w tym miejscu warto uwagę, że – co wielokrotnie było podkreślane w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym niedopuszczalności uzupełniania dokumentów w celu uzyskania odpowiedniej punktacji w postępowaniach dwuetapowych – w wyniku takiego uzupełnienia nie może nastąpić poprawienie pozycji wykonawcy w zakresie przyznanej punktacji uprawniającej do zaproszenia do złożenia oferty. Podkreślenia bowiem wymaga, że – jak wskazano wcześniej, w pkt [1], uzupełnianie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ma służyć umożliwieniu jak najszerszego dostępu do zamówienia, daniu szansy wykonawcy, który wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu popełnił różnego rodzaju błędy w zakresie złożonych dokumentów, na naprawienie tych niedoskonałości. Wykazywanie spełnienia warunku udziału jest sferą dotycząca dopuszczenia do udziału w postępowaniu, umożliwienia wykonawcy uczestniczenia w nim. Samo wykazywanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, rozumiane jako wyczerpanie opisanej przez zamawiającego w danym postępowaniu sytuacji umożliwiającej uczestnictwo w postępowaniu jest zatem kwestią pozostającą poza sferą konkurowania między wykonawcami. Inną rzeczą jest natomiast jednoczesne posłużenie się w postępowaniu dwuetapowym dokumentami, które służą wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do przyznania punktacji, umożliwiającej zaproszenie do składania oferty. W tym wypadku mamy bowiem już na tym etapie do czynienia z konkurowaniem między wykonawcami stopniem spełnienia warunku udziału, w celu znalezienia się – zwykle w węższym, aniżeli wynika to ze zgłoszonego akcesu do postępowania – gronie wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania oferty. Podobnie jak w postępowaniach jednoetapowych za niedopuszczalne uznaje się uzupełnienie i modyfikacje tych elementów oferty, które podlegają ocenie (zasadniczo – oferowanej ceny), tak w postępowaniach dwuetapowych, konkurowanie między wykonawcami rozpoczyna się już na etapie wyłonienia grona wykonawców zaproszonych do składania oferty. W postępowaniach dwuetapowych, wykonawcy już zawartością składanych wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - podanymi w nich informacjami dotyczącymi spełnienia warunków udziału w postępowaniu konkurują o możliwość uczestnictwa w drugim etapie – o zaproszenie do składania oferty. Składane dokumenty służą zatem podwójnemu celowi: nie tylko wykazaniu warunków dostępu do postępowania – spełnieniu jego warunków, ale także, a może przede wszystkim, wykazaniu jak najwyższego ich spełnienia, skoro na tej podstawie mają szansę zostać zaproszonymi do złożenia oferty. Postępowanie dwuetapowe w tej części zmierza zatem już nie do znalezienia grupy wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, którzy sprościli spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ale umożliwienia wyłonienia grupy wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają stanowiący dalsze kryterium dostępu do zamówienia warunek kwalifikujący do zaproszenia do składania oferty. Postępowanie dwuetapowe jest zatem ze swej natury postępowaniem otwartym nie tyle na umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców złożenia oferty, ale postępowaniem, w którym tę ofertę mają złożyć wykonawcy w pewien sposób „najlepsi” – ci, którzy według ustalonych przez zamawiającego dla danego postępowania kryteriów, opartych na warunkach udziału w postępowaniu, w najwyższym stopniu je spełniają. W tego rodzaju procedurze, konkurowanie zaczyna się na etapie złożenia wniosku. Powyższe przemawia za uznaniem, że już w momencie składania wniosków wykonawca powinien złożyć komplet poprawnych dokumentów, które będą decydowały o przyznanej mu następnie punktacji pozwalającej na zakwalifikowanie do grona zaproszonych do składania oferty wykonawców, zaś uzupełnienie tych dokumentów jest niedopuszczalne, w zakresie ponad wynikający z konieczności wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie niezbędnym dla samego uczestnictwa w postępowaniu). Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby umożliwienie, następnie, już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po rozpoczęciu przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu konkurowania o uzyskanie zaproszenia do składania oferty na zmianę, w wyniku uzupełnienia dokumentów, sytuacji tych wykonawców.

Powyższe stanowiłoby naruszenie reguł uczciwej, opartej na równych zasadach konkurencji pomiędzy wykonawcami – ta konkurencja przecież sprowadza się nie tylko do złożenia jak najlepszego wniosku, w jak najwyższym stopniu wykazującego spełnienie punktowanego warunku udziału w postępowaniu, ale elementem tej konkurencji jest uczynienie tego w czasie, jaki wykonawca ma – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – na złożenie wniosku. Czas jest więc tutaj także elementem, który wpisany jest w mechanizm konkurowania – w innej sytuacji jest bowiem wykonawca, który w zakreślonym w ogłoszeniu terminie złożył określone dokumenty i na ich podstawie uzyskał odpowiednią punktację, w innej zaś – w sposób oczywisty korzystniejszej – ten, który uzyskał dodatkowy czas na

dopełnienie swego wniosku odpowiednimi dokumentami. W przetargu ograniczonym wykonawcy konkurują najwyższym stopniem spełnienia stawianego warunku, co muszą wykazać wobec zamawiającego w czasie, jaki został wyznaczony na składanie wniosków. Zasadą jest bowiem składanie wniosków opatrzonych dokumentami znacznie przekraczającymi potrzebę wykazania warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimum – a zdecydowanie większym, by uzyskać zaproszenie do składania oferty. Uczynienie tego w terminie wyznaczonym w ogłoszeniu na składanie wniosków jest tu więc elementem niezwykle istotnym w zakresie tego konkurowania: inne możliwości zgromadzenia dokumentów potwierdzających spełnienie punktowanego warunku, w tym dłuższy czas na ich uzyskanie - szczególnie w warunkach, gdy za dopuszczalne uznano posługiwanie się w tym celu wiedzą i doświadczeniem nie niezbędnym dla wykazania warunku udziału w postępowaniu a jedynie w celu uzyskania wyższej punktacji pozwalającej na zaproszenie do składania oferty, uzyskaną od podmiotu trzeciego na podstawie regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy – stawiają w wyraźnie dogodniejszej pozycji tego wykonawcę, który nie złożył dokumentów licząc na wezwanie go w tym zakresie przez Zamawiającego, aniżeli tych, którzy dołożyli takich starań w celu skompletowania dokumentów, jakie były możliwe do upływu terminu na składanie wniosków.

Gdyby inaczej rozumieć regulacje dotyczące przetargu ograniczonego oraz obowiązek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - zamawiający być może musiałby każdorazowo, gdy wykonawca nie uzyskał wystarczającej punktacji dla zaproszenia go do złożenia oferty, dawać szansę na podniesienie uzyskanego wyniku umożliwiającego zaproszenie do złożenia oferty, wzywając do uzupełnienia dokumentów. Nie sposób ustalić granic takiej praktyki, ale w takim wypadku zamawiający musiałby wypaczyć reguły konkurowania przez wykonawców, w sposób nie zasługujący na akceptację.

Reasumując, umożliwienie uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę tylko po to by podwyższyć punktację uprawniającą do zaproszenia do złożenia oferty, a nie by dać szansę na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunku na poziomie minimum, pozwalającym na ocenę, że wykonawca spełnia stawiane przez zamawiającego wymagania), już po terminie składania wniosków należy uznać równoznaczne z wprowadzeniem nierównych reguł konkurencji pomiędzy wykonawcami. Sprzeciwiają się powyższemu zasady postępowania, w tym wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

[3] Końcowo, na uwagę zasługuje treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, jakie Zamawiający wystosował w dniu 22 stycznia 2013 r. do Odwołującego.

To wezwanie ma następującą treść:

„W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). Zamawiający zapisał, że umowa, na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji). Na potwierdzenie spełnienia ww warunku Wykonawca zobowiązany był załączyć wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie umów. Należało podać wartość (brutto w zł) dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, przedmiot umowy (w tym ilość lokalizacji, okres gwarancji), datę wykonania (dzień, miesiąc, rok) i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że umowy w wykazie zostały wykonane należyście.

W Państwa wniosku brak jest wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień.

W związku z powyższym prosimy o uzupełnienie wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień celem spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.”

Mówi się w nim zatem konsekwentnie o uzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie składanych w innym celu – to jest dla uzyskania odpowiedniej punktacji umożliwiającej zaproszenie do składania oferty. Co istotne, Zamawiający nawiązał w tym piśmie jedynie do tej części ogłoszenia, która traktuje o warunku udziału w postępowaniu (Sekcja III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu). Powyższe pozwala wnioskować, że to wezwanie do uzupełnienia dokumentu (niezależnie od intencji i oceny prawnej, jaka przyświecała w czasie jego wystosowania do adresata – te bowiem zdaje się wyrażać pierwsza ocena wniosków złożonych w postępowaniu, to jest ta z dnia 7 marca 2013r., uwzględniająca dla przyznania punktacji wszystkie dokumenty złożone przez wykonawcę, także te uzupełnione), powinno dawać wykonawcy, do którego zostało skierowane informację, lub przynajmniej wątpliwość, że zakres wezwania odnosi się jedynie do tych dokumentów, których złożenie ma służyć spełnieniu warunku udziału w postępowaniu i w zakresie niezbędnym dla wykazania jego spełnienia. Zatem także to

wezwanie, niezależnie od niewłaściwej oceny przez Zamawiającego jego rezultatów, potwierdza prezentowane wyżej stanowisko.

Reasumując, stanowisko Zamawiającego wyrażone w ramach oceny wniosków dokonanej w dniu 13 czerwca 2013 r. wyrażające się przyznaniem wykonawcom, w oparciu o uzupełnione dokumenty tylko takiej ilości punktów, jaka wynika ze spełnienia warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym, bez uwzględnienia wiedzy i doświadczenia wykazanego uzupełnionymi dokumentami dla przyznania większej ilości punktów, należało uznać za prawidłowe.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się stawiane odwołaniu zarzuty naruszenia art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 50 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

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).

Skład orzekający: