

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez **„SPORTDATA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 81-578 Gdynia, ul. Zagłoby 17** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Sportu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-901 Warszawa, al. księcia Józefa Poniatowskiego 1**

przy udziale wykonawcy **SkiData AG, Austria, 5083 Grödig/Salzburg, Untersbergstrasse 40**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Narodowe Centrum Sportu spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **„SPORTDATA” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **Narodowego Centrum Sportu spółki z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz „**SPORTDATA**” spółki z **ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowe Centrum Sportu spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie zintegrowanego systemu Zarządzania Stadionem oraz Systemu kontroli dostępu wraz z montażem kołowrotów”.

30 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – „SPORTDATA” spółce z o.o. z siedzibą w Gdyni, zawiadomienie: 1) o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – wskazując listę 10 wykonawców (w tym Odwołującego), których wnioski zostały ocenione pozytywnie pod tym względem oraz dwóch wykonawców wykluczonych z postępowania, których wnioski zostały ocenione negatywnie (wśród których nie było Odwołującego); 2) wskazujące listę 5 wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do dalszego udziału w postępowaniu, wśród nich SkiData AG z siedzibą w Grödig/Salzburg w Austrii (dalej „SkiData”), któremu przyznano 15 pkt. (pozostałych 4 wykonawców, wśród których nie było Odwołującego, otrzymało po 12 pkt).

8 kwietnia 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 51 ust. 1, poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż Odwołujący nie zakwalifikował się do udziału w przedmiotowym postępowaniu na skutek dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz w konsekwencji niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty oraz nieuprawnione zakwalifikowanie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawcy – SkiData.
2. Art. 51 ust. 1a - 2, poprzez niepoinformowanie Odwołującego o otrzymanej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, tj. w zakresie stopnia spełniania postawionych przez Zamawiającego warunków oraz nieuprawnione przyznanie 15 pkt. wykonawcy SkiData.
3. Art. 26 ust. 3 i 4, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawcy SkiData.
4. Art. 7 ust. 1, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do złożenia oferty, unieważnienia czynności wezwania wykonawcy SkiData, powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu i w konsekwencji zakwalifikowanie Odwołującego do udziału w dalszym postępowaniu oraz zaproszenie go do złożenia oferty.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania

Z przekazanej przez Zamawiającego informacji nie wynika jaką ocenę (liczbę punktów) spełniania warunków udziału w postępowaniu otrzymał Odwołujący, przez co Zamawiający naruszył dyspozycję art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący winien otrzymać 6 pkt., co klasyfikowałoby go na 5, ostatniej pozycji listy wykonawców zakwalifikowanych do udziału w przetargu ograniczonym.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III.2.1) lit. B wymagał od wykonawców wykazania się w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zrealizowanymi co najmniej dwoma zamówieniami, których przedmiot obejmował każdorazowo łącznie co najmniej dostarczenie, montaż i uruchomienie systemu kontroli dostępu dla stadionu posiadającego co najmniej 10 000 miejsc siedzących wraz z montażem kołowrotów na wykazanym stadionie. Jako dokument potwierdzający spełnianie powyższego warunku, wykonawcy winni byli załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykaz dostaw według udostępnionego wzoru wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wskazane w niniejszym wykazie dostawy zostały wykonane należycie. W pkt. IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby Wykonawców, maksymalnie pięciu wykonawców. I tak, „Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców spełniających te warunki, jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału według następującej zasady: Zamawiający zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt B). Zamawiający zaprosi do złożenia oferty Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali w kolejności najwyższą ilość punktów przyznawanych wg wyżej wymienionych zasad. W przypadku równej ilości punktów o kolejności decydować będzie łączna wartość wykazanych zamówień

spełniających wymogi określone w pkt B)”.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawca SkiData złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego załączył wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosku dostaw, wskazując 3 dostawy. Pismem z 23 marca 2011 r. Zamawiający wezwał jednak w trybie art. 26 ust. 3 pzp SkiData do uzupełnienia dokumentów określonych w pkt. III.2.1.3) [wykaz dostaw] ogłoszenia o zamówieniu w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. III.2.1.B. Dalej Zamawiający napisał, iż jeżeli załączone do wniosku dokumenty potwierdzają spełnianie wskazanego warunku, wówczas wykonawca winien złożyć stosowne wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp, potwierdzające czy przedstawione realizacje obejmowały w ramach zakresu prowadzonych prac również montaż kołowrotów. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego SkiData potwierdziła, że na wymienionych w piśmie stadionach zainstalował i uruchomił system kontroli dostępu, a także dostarczył i zamontował kołowroty. Do przedmiotowego pisma SkiData załączyła również wykaz 64 dostaw.

Dokumentem, który wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do wniosku na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia był wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających wymaganiom określonym w pkt. III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu (tj. co najmniej 2 zamówienia, których przedmiot obejmował każdorazowo łącznie co najmniej dostarczenie, montaż i uruchomienie systemu kontroli dostępu dla stadionu posiadającego co najmniej 10 000 miejsc siedzących wraz z montażem kołowrotów na wykazanym stadionie). Zatem, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu należało wykazać się co najmniej 2 zamówieniami. Pozostałe wykazane dostawy stanowiły podstawę do przyznania odpowiedniej liczby punktów, a w konsekwencji zakwalifikowania się do dalszego udziału w postępowaniu, tj. zaproszenia do złożenia oferty.

Zamawiający w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisem art. 26 ust. 3 pzp dokonał czynności wezwania SkiData do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1. zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z przepisu wynika bowiem, że zamawiający ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę do uzupełnienia, ale tylko w

przypadku kiedy brak jest dokumentu lub dokument ten zawiera błędy. Przypadek ten nie miał miejsca w przypadku wykazu dostaw załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez SkiData, bowiem wykonawca ten, po pierwsze, załączył przedmiotowy wykaz, po drugie, z wykazu oraz załączonych referencji wynikało, że spełnia warunek opisany przez Zamawiającego w pkt. III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu, oraz, po trzecie, dokument ten nie zawierał żadnych błędów. Konsekwencją dokonania nieuprawnionej czynności była nieprawidłowo przeprowadzona ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania punktów stanowiących podstawę do dalszej kwalifikacji wykonawców.

Jeśli nawet Zamawiający miał wątpliwości co do spełniania tego warunku przez SkiData AG, winien był wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, a nie do uzupełnienia dokumentów. Uzupełnienie dokumentów po terminie składania wniosków stanowi de facto zmianę treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dlatego uznać należy, że jest ono nieuprawnione. Zamawiający nie powinien brać pod uwagę dokumentów dołączonych do wniosku później niż po terminie ich składania. Działanie Zamawiającego narusza nie tylko przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również nie znajduje uzasadnienia w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez SkiData.

Zamawiający wzywając SkiData do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp – naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów PZP pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

14 kwietnia 2011 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 11 kwietnia 2011 r., SkiData AG z siedzibą w Grödig w Austrii, zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony, oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie znalazła podstaw do niedopuszczenia wykonawcy SkiData do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Uczestnik podtrzymali swoje stanowiska procesowe wyrażone w odwołaniu i zgłoszeniu przystąpienia, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 marca 2011 r. pod nr 2010/S_42-068591, z tym że 25 lutego 2011 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.stadionnarodowy.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

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

W pkt. III.2.1) B) ogłoszenia o zamówieniu wskazano, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki *dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazując, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zrealizowali co najmniej 2 zamówienia, których przedmiot obejmował każdorazowo łącznie co najmniej dostarczenie, montaż i uruchomienie systemu kontroli dostępu dla stadionu posiadającego co najmniej 10 000 miejsc siedzących wraz z montażem kołowrotów na wykazanym stadionie.*

Z treści ogłoszenia w pkt. III.2.1) pkt 3 wynika, iż w celu wykazania spełniania tego warunku wraz z wnioskiem należy załączyć wykaz („Doświadczenie zawodowe” – wzór wykazu zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego), w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt B powyżej, dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

W pkt. IV.1.2) ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału zawarto następującą treść: *Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 lub równa 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców spełniających te warunki, jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału według następującej zasady: Zamawiający zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt B). Zamawiający zaprosi do złożenia oferty Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali w kolejności najwyższą ilość punktów przyznawanych wg wyżej wymienionych zasad. W przypadku równej ilości punktów o kolejności decydować będzie łączna wartość wykazanych zamówień spełniających wymogi określone w pkt B).*

Do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca SkiData załączył Wykaz zrealizowanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, zamówień których przedmiot obejmował każdorazowo łącznie co najmniej dostarczenie, montaż i uruchomienie systemu kontroli dostępu dla stadionu posiadającego co najmniej 10.000 miejsc siedzących wraz z montażem kołowrotów na wskazanym stadionie, sporządzony przez ręczne wypełnienie wzoru przygotowanego przez Zamawiającego. W tabeli wykazu ujęto kolejno trzy zamówienia, opisane według kolumn: *Nazwa Zamawiającego na którego zlecenie wykazane zamówienie było realizowane wraz z adresem jego siedziby; Opis zrealizowanego zamówienia; Wartość wykonanego zamówienia w PLN, Data wykonania* – w następujący sposób:

- *Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków, Polska (STADION CRACOVIA); SkiData dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła system kontroli dostępu **wraz z wysokimi furtami** (36 punktów kontrolnych), system biletowy, system akredytacyjny oraz system elektronicznej weryfikacji fanów. Stadion ma pojemność 15.000 widzów; ok. 1.800.000,00 PLN; wrzesień 2010 r.;*
- *OJSC Metalist Kharkiv Football Club, Piekhanovskaya 65, 61001, Charków, Ukraina (STADION CHARKÓW – EURO 2012); SkiData dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła system kontroli dostępu **wraz z furtami** (93 punkty kontrolne) oraz interfejs do istniejącego systemu biletowego. Stadion ma pojemność 42.000 widzów. Stadion zbudowany z myślą o EURO 2012; ok. 3.800.000,00 PLN; listopad 2009 r.;*
- *Donbass Arena LTD, 189e Chelyskintsev, UA-83048 Donieck, Ukraina (STADION DONBASS ARENA) EURO 2012; SkiData dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła*

system kontroli dostępu **wraz z kołowrotami** (131 punktów kontrolnych) oraz interfejs do systemu biletowego. Stadion ma pojemność 50.000 widzów. Stadion na EURO 2012; ok. 4.800.000,00 PLN; sierpień 2009 r.;

[pogrubienie – Izba]

Zgodnie z uwagą zamieszczoną pod tabelą – do wykazu załączono odpowiednio dla każdego zamówienia *dokument (np. referencje) potwierdzający wykonanie ww. zamówień z należytą starannością:*

- *List referencyjny z 7 marca 2011 r., dotyczący stadionu Cravovii Kraków, wystawiony przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, potwierdzający pełną satysfakcję ze współpracy ze SkiData, zarówno przed, podczas, jak i po zakończeniu instalacji. Wśród szczegółowych informacji dotyczących instalacji wpisano m.in. Punkty kontroli biletów wraz z wysokimi furtami: 34, Wejścia dla VIP 2.*
- *List referencyjny (niedatowany; w języku angielskim wraz z tłumaczeniem), dotyczący stadionu Donbass Arena, wystawiony przez Donbass Arena LTD z siedzibą w Doniecku na Ukrainie, potwierdzający pełną satysfakcję ze współpracy ze SkiData, zarówno przed, podczas, jak i po zakończeniu instalacji systemu kontroli dostępu „Handshake”. Wśród szczegółowych informacji dotyczących instalacji wpisano m.in. Stałe punkty kontroli biletów 131 szt., Mobilne punkty kontrolne (Handheld) 25.*
- *List referencyjny z 1 marca 2010 r. (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem), dotyczący stadionu Metalist w Charkowie, wystawiony przez OJSC Metalist Khariv Football Club z Charkowa na Ukrainie, potwierdzający pełną satysfakcję ze współpracy ze SkiData, zarówno przed, podczas, jak i po zakończeniu instalacji systemu kontroli dostępu „Handshake”. Wśród szczegółowych informacji dotyczących instalacji wpisano m.in. Stałe punkty kontroli biletów 93, Mobilne punkty kontrolne (Handheld) 11.*

23 marca 2011 r. Zamawiający skierował do SkiData pismo, w którego treści wskazał w pierwszym akapicie, iż – *działając na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 wzywa (...) do uzupełnienia (...) dokumentów określonych w pkt. III.2.13) Ogłoszenia o zamówieniu (...) tj. Wykazu („Doświadczenie zawodowe” – wzór wykazu zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego), w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. III.2.1.B.*

W drugim akapicie znalazła się natomiast następujące zdanie: *Jednocześnie jeżeli załączone do wniosku dokumenty potwierdzają spełnianie wskazanego warunku wzywamy (podstawie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych) do wyjaśnienia w wyżej wyznaczonym terminie, czy przedstawione realizacje obejmowały (a jeżeli tak to konkretnie które z przedstawionych przez wykonawcę) w ramach zakresu prowadzonych prac również*

montaż kołowrotów. Z treści przedłożonych dokumentów (zestawienie) wynika, że wykazane realizacje obejmowały montaż furt a nie kołowrotów.

24 marca 2011 r. w odpowiedzi SkiData, po pierwsze – przesłała pismo, zawierające między innymi stwierdzenie, że *w odpowiedzi na wezwanie (...), niniejszym potwierdzamy, że na niżej wymienionych stadionach: Legia Warszawa, Cracovia Kraków, Donbass-Arena na Ukrainie, Metalist Charków na Ukrainie, Generali Arena w Austrii, TSG 1899 Hoffenheim w Niemczech, Tivoli w Austrii, Arena Zagrzeb w Chorwacji, Arena Kimki w Rosji firma SkiData AG dostarczyła, zainstalowała i uruchomiła system kontroli dostępu, ale także dostarczyła i zamontowała kołowroty.*

Po drugie – przesłała nowy Wykaz..., obejmujący 64 pozycje, wśród których 3 pierwsze pozycje są zbieżne z pozycjami z wykazu załączonego do wniosku (poza zmianą kolejności wymienienia, stadion Cracovii jest za stadionami na Ukrainie) – oprócz innych nieznaczących korekt informacji w zakresie pojemności poszczególnych stadionów, wartości zamówienia, wskazania liczby czytników biletów w miejsce liczby punktów kontroli – w opisie wszystkich trzech zamówień pojawiło się ujednoczone sformułowanie: *wraz z dostawą i montażem kołowrotów.* Do wykazu załączono również szereg nowych dokumentów dotyczących szeregu z zamówień ujętych w nowo złożonym wykazie.

W protokole postępowania sporządzonym na druku ZP-PO: w pkt. 7 ppkt 3 wymieniono 12 wykonawców, którzy złożyli wnioski do upływu terminu ich składania; w pkt. 8 wskazano, że wykluczono wykonawców, nie podając ilu i jakich; z pkt. 9 *Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu/zaproszenie do składania ofert*, w pkt. 1 *Łączna punktacja przyznana wykonawcom w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (wpisać w kolejności przyznanych punktów wraz z podaniem nazwy (firmy) albo imienia i nazwiska wykonawcy oraz łącznej punktacji)*, wynika, iż: SkiData uzyskała 15 pkt., kolejnych 4 wymienionych wykonawców uzyskało po 12 pkt., SportData sp. z o.o. uzyskała 6 pkt., pozostałych 4 wymienionych wykonawców uzyskało po 2 lub 3 pkt.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, która w znikomym stopniu dla możliwości rozpoznania sprawy została przekazana przed rozpoczęciem posiedzenia w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego (zawiadomienie z 30 marca 2011 r.), w pozostałym zaś zakresie przekazano kopię na posiedzeniu (wniosek SkiData, pisma z 23 marca 2011 r. Zamawiającego do SkiData, pisma SkiData z 24 marca 2011 r., dokumentów przekazanych przez SkiData po terminie składania wniosków), lub wykonano po rozprawie kopię z oryginalnej dokumentacji (protokół postępowania).

Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

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

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie do protokołu, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 25 lutego 2011 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do przetargu ograniczonego, który został przez Zamawiającego oceniony pozytywnie pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się stawianych zarzutów stworzy mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Natomiast bezpodstawne zakwalifikowanie przez Zamawiającego Przystępującego do grona wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w przetargu ograniczonym, zamiast Odwołującego – naraża go na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu,

Izba zważyła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony ocenił spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu na 15 pkt., podczas gdy z przebiegu postępowania wynika, iż mógł on otrzymać maksymalnie 3 pkt.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, iż Zamawiający wziął pod uwagę przy dokonywaniu oceny wniosku Przystępującego dokumenty wykraczające poza zakres wskazany przez niego w wezwaniu do ich uzupełnienia. W piśmie z 23 marca 2011 r. Zamawiający prawidłowo wskazał, iż wezwanie na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp dotyczy dokumentów w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu, a więc koniecznym do stwierdzenia, że Przystępujący zrealizował *co najmniej 2 zamówienia, których przedmiot obejmował każdorazowo łącznie co najmniej dostarczenie, montaż i uruchomienie systemu kontroli dostępu dla stadionu posiadającego co najmniej 10000 miejsc siedzących wraz z montażem kołowrotów na wykazanym stadionie*. Pomimo iż Przystępujący w odpowiedzi złożył wykaz 64 zamówień, gdyby Zamawiający kierował się swoimi własnymi wytycznymi, to poprzestałby na ustaleniu czy SkiData spełniła warunek udziału w postępowaniu.

Natomiast zdaniem składu orzekającego Izby badanie wniosku Przystępującego i w konsekwencji przyznanie punktacji służącej do określenia kręgu 5 wykonawców najlepiej spełniających powyżej opisany warunek, na podstawie wykazu uzupełnionego po terminie składania wniosków o 61 dodatkowych zamówień – stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego Izby, tak jak niedopuszczalna jest zmiana treści oferty po terminie składania ofert, np. przez obniżenie ceny stanowiącej zawsze kryterium oceny ofert, analogicznie w przetargu nieograniczonym niedopuszczalne jest po terminie składania wniosków uzupełnianie go w trybie art. 26 ust. 3 pzp w sposób, który wpływa na ocenę stopnia spełniania warunków udziału przez podwyższenie otrzymanej oceny, w stosunku do tej, którą wykonawca uzyskałby, gdyby nie było potrzeby wzywania go do uzupełnienia dokumentów. Zatem nawet w sytuacji zaistnienia konieczności wezwania Przystępującego na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający nie miałby prawa przyznać temu wykonawcy więcej niż 3 pkt., skoro wykaz załączony do wniosku obejmował 3 zamówienia, a zgodnie z informacją zawartą w pkt. IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, *Zamawiający zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt B* (czyli w pkt. III.2.1.B ogłoszenia). Oczywistym jest bowiem, że w interesie Przystępującego było maksymalne podwyższenie liczby wykazanych

zrealizowanych zamówień – w celu zwiększenia szansy na zakwalifikowanie się do grona 5 wykonawców, który zostaną zaproszeni do udziału w przetargu ograniczonym. Jednak branie pod uwagę przez Zamawiającego tych nowo wykazanych zamówień ponad ich liczbę wynikającą z ze złożonego wniosku, stanowi nierówne traktowanie wykonawców, którzy nie mieli takiej możliwości poprawienia swojej pozycji w rankingu ocenianych wniosków. Oczywiście samo dopuszczenie do możliwości uzupełniania wykazów w sposób wpływający na punktację złożonych już wniosków, nawet w stosunku do wszystkich wykonawców, godziłoby w istotę przetargu ograniczonego, stanowiłoby naruszenie przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a także rażące naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Przepis ten jest bowiem wyjątkiem od zasady, że wszystkie wymagane dokumenty, które wykonawca chce i może złożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, należy złożyć do upływu terminu składania wniosków. Nie może być zatem podstawą do kreowania zawartości wniosku odbiegającej w tak znaczący sposób od pierwotnej, że w istocie jest to zupełnie inny wniosek. Skoro Przystępujący mógł lub zechciał wykazać w złożonym przez siebie wniosku 3 zamówienia, a więc w liczbie wystarczającej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, to niedopuszczalne jest późniejsze umożliwienie mu przez Zamawiającego wykazywania kolejnych zamówień, niezależnie od tego jak dużą liczbę takich zamówień w rzeczywistości wykonał. Zamawiający nie może wyręczać żadnego z wykonawców w dochowywaniu należytej staranności profesjonalisty dbającego o swoje interesy.

W niniejszej sprawie skład orzekający Izby podzielił jednak również stanowisko Odwołującego, iż nie zaistniała w ogóle przesłanka do wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Natomiast pomimo racjonalnych i logicznych wywodów Odwołującego na rozprawie, iż dla profesjonalistów powinno być jasne, iż słowa „furta” i „furta wysoka”, użyte w treści pierwotnego wykazu zamówień Przystępującego, są synonimami słowa „kołowrót” z treści ogłoszenia o zamówieniu – skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 pzp w samym skorzystaniu przez Zamawiającego z prawa do żądania wyjaśnień od Przystępującego w zakresie wątpliwości, która została wskazana dostatecznie precyzyjnie (*Z przedłożonych dokumentów (zestawienie) wynika, że wykazane realizacje obejmowały montaż furt a nie kołowrotów.*). Również jednoczesne wzywanie jednym pismem, zarówno do wyjaśnień (na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp), jak i do uzupełnienia dokumentów (na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp) – samo w sobie nie stanowi naruszenia (tych przepisów), gdyż w konkretnych okolicznościach może być wyrazem ekonomiki prowadzenia postępowania (jeżeli wyjaśnienia dokumentów okażą się niewystarczające, to nie będzie potrzeby odrębnego wzywania do ich uzupełnienia) – pod warunkiem uczynienia odpowiedniego w świetle zasad z art. 7 ust. 1 pzp użytku z rezultatów tych połączonych czynności. W praktyce

zamawiający stosując taką praktykę, jednocześnie wyraźnie zastrzegają w treści pisma, iż złożenie wyjaśnień usuwających podniesione wątpliwości, zwalnia z konieczności uzupełniania dokumentów – czego Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie uczynił. Zważając jednak na to, iż prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp oznacza konieczność konkretnego wskazania stwierdzonego braku, układ pisma z 23 marca 2011 r. sugeruje, iż podniesiona w drugim akapicie wątpliwość stanowi jednocześnie wskazanie takiego braku, gdyż w pierwszym akapicie tylko ogólnie wskazano warunek, którego ma dotyczyć uzupełnienie. Z treści tego wezwania do wyjaśnień (drugi akapit pisma z 23 marca 2011 r.) jednoznacznie wynika, iż wątpliwości (stwierdzony brak) Zamawiającego dotyczyły wyłącznie tego, czy zamówienia opisane w wykazie załączonym do wniosku obejmowały swoim zakresem również montaż kołowrotów. Wyłącznie brakiem precyzji Zamawiającego można przy tym wytłumaczyć podnoszenie takich wątpliwości również odnośnie zamówienia dotyczącego stadionu w Doniecku, skoro w opisie tego zamówienia już w pierwotnym wykazie wskazano, iż obejmowało kołowroty. Skoro Zamawiający w ogóle wzywał do wyjaśnień w tym, i tylko w tym, zakresie, to najwyraźniej nie dopatrywał się żadnych innych powodów dla których zamówienia ujęte w wykazie mogłyby nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Na rozprawie Zamawiający, co prawda wpraw w oświadczył, iż nie zaliczył żadnego z tych zamówień na poczet oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, jednak nie był w stanie podać żadnego innego powodu, niż prawo oparcia się wyłącznie na wykazie uzyskanym w wyniku uzupełnienia. Tymczasem złożone przez Przystępującego pisemne wyjaśnienia (pismo z 24 marca 2011 r.), jednoznacznie rozstrzygają wątpliwości sprecyzowane w wezwaniu przez Zamawiającego, gdyż potwierdzają, iż wszystkie trzy zamówienia dotyczące trzech stadionów (w Krakowie, Doniecku i Charkowie), obejmowały swoim zakresem dostawę i montaż kołowrotów. Izba zważyła przy tym, że skoro *de facto* trzy pierwsze zamówienia nowego wykazu dotyczą tych samych zamówień, co pierwotny wykaz, a po modyfikacji opisu przez Przystępującego wskazują słowo „kołowrót” w miejsce słów „furta” i „furta wysoka” – potwierdza to słuszność stanowiska Odwołującego na rozprawie, iż są to słowa synonimiczne. Wobec uzyskania satysfakcjonujących wyjaśnień w zakresie podnoszonych wątpliwości, Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do korzystania z rezultatów wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdyż przeprowadzenie oceny wniosku na podstawie rozszerzonego w wyniku uzupełnienia wykazu – w sposób niedopuszczalny w świetle zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 pzp uprzywilejowało Przystępującego kosztem innych wykonawców, w szczególności Odwołującego, który nie miał okazji do takiego „poprawienia” wykazu zrealizowanych zamówień załączonego do wniosku. Ostatecznie zatem Izba dopatrywała się naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 pzp nie w samym wezwaniu do złożenia wyjaśnień, lecz w braku skorzystania z ich rezultatów, natomiast

naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 pzp wiąże się przede wszystkim z nieuprawnionym skorzystaniu z rezultatów wezwania, choć również ono samo było nieuzasadnione i zbędne.

Wobec opisanej powyżej w ustaleniach faktycznych treści protokołu, Zamawiający w oczywisty sposób naruszył również przepis art. 51 ust. 1a pzp, gdyż zaniechał poinformowania Odwołującego, iż otrzymał ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu na poziomie 6 pkt. Nie znajduje żadnego racjonalnego wytłumaczenia odzwierciedlanie w protokole postępowania dokonanej czynności, przy jednoczesnej odmowie przekazania tej informacji najbardziej nią zainteresowanemu uczestnikowi postępowania. Nie zmienia tego zasada jawności protokołu postępowania – skoro zgodnie z treścią ogłoszenia ocena polegała na przyznaniu punktów, i zostały one ustalone dla wszystkich wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu, to uczynienie zadość obowiązkowi z art. 51 ust. 1a pzp wymagało również przekazania tej informacji tym wykonawcom.

Izba nakazała ponowne badanie i ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, jednak co do zasady, chodzi o przeprowadzenie jej w stosunku do wniosku Przystępującego wyłącznie w oparciu o wykaz załączony pierwotnie do wniosku. Nawet w przypadku stwierdzenia, iż wykaz ten nie potwierdza z innych powodów, niż dotychczas ujawnione przez Zamawiającego, warunku udziału w postępowaniu z pkt. III.2.1.B ogłoszenia o zamówieniu – nie wolno Zamawiającemu skorzystać z uzupełnionego wykazu w sposób wykraczający ponad konieczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, i ewentualnie oceny opartej na trzech zrealizowanych zamówieniach. Nadto Zamawiający winien brać pod uwagę jedynie literalne brzmienie warunku, w którym zapisano np. *wraz z montażem kołowrotów*, a nie *wraz z montażem wysokich kołowrotów*.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 51 ust. 1, art. 51 ust. 1a, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 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

Sygn. akt KIO 742/11

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600,00 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....