

Sygn. akt KIO/315/11

WYROK
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Kancelaria Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Sp. partnerska, 70-226 Szczecin, ul. Kaszubska 53/4** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Świadczenie usług prawniczych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego” od czynności zamawiającego tj. **Województwo Zachodniopomorskie-Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, 70-540 Szczecin, ul. Korsarzy 34,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Stefan Mazurkiewicz Kancelaria Radcy Prawnego, Mazurkiewicz Wesołowski Mazuro ADWOKACI i RADCOWIE PRAWNI Sp. partnerska, 71-247 Szczecin, ul. Klonowica 30/1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Kancelarię Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Sp. partnerska, 70-226 Szczecin, ul. Kaszubska 53/4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Kancelarię Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Sp. partnerska, 70-226 Szczecin, ul. Kaszubska 53/4,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **477 zł 00 gr** (słownie: czterysta siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Kancelarię Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Sp. partnerska, 70-226 Szczecin, ul. Kaszubska 53/4** na rzecz **Województwa Zachodniopomorskiego-Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego, 70-540 Szczecin, ul. Korsarzy 34** stanowiącej uzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie w trybie przetargu dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Świadczenie usług prawniczych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego”. Odwołujący - Kancelaria Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Spółka partnerska stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 punkt 4 ustawy Pzp, uznając że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał także na naruszenie art. 182 ust.2 w związku z art. 182 ust.1 ustawy Pzp poprzez na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wobec niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego o unieważnienie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunku „doświadczenie” oraz unieważnienie wykluczenia Odwołującego się oraz nakazanie powtórzenia unieważnionych czynności, a także rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie zobowiązującymi przepisami. W uzasadnieniu odwołania podał, że zgodnie z wymaganiami ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonywali lub wykonują, co najmniej pięć usług polegających na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek z sektora finansów publicznych, w tym co najmniej jedną jednostkę samorządu terytorialnego. Przez stałą obsługę prawną Zamawiający rozumiał wykonywanie przez m.in. pół roku obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek sektora finansów publicznych. W ocenie Zamawiającego za usługi świadczone przez Wykonawcę spełniające wymagania określone w ogłoszeniu można uznać wyłącznie usługi świadczone na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii oraz na rzecz Gminy Dziwnów. Pozostałe z wykazanych usług nie są usługami świadczonymi na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, a okoliczności tej w ocenie Zamawiającego nie zmienia fakt obsługi jednostek, do których stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych. Ponadto jako potwierdzenie należytego wykonania usług dołączono w niektórych przypadkach dokumenty własne, a w niektórych przypadkach brak jest referencji od podmiotu na rzecz którego usługi były świadczone. Te okoliczności w ocenie Zamawiającego obligowały go do wykluczenia Odwołującego się z prowadzonego postępowania. Wykonawca podał także, że zdaniem Zamawiającego na obecnym etapie postępowania wykonawca ma wyłącznie możliwość

wykazywania spełnienia wymagań ogłoszenia o zamówieniu bez możliwości skutecznego wykazywania że wymagania zostały określone nieprawidłowo. Zdaniem Wykonawcy z uzasadnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności, nadrzędną zasadą jaką się kieruje jest formalizm postępowania. Powoduje to wątpliwości odnośnie respektowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że celem pierwszego etapu postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego jest wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tj. spełniających warunki udziału w postępowaniu (kwalifikacja podmiotowa). Odwołujący się nie widzi podstaw wykluczenia siebie jako wykonawcy na podstawie kryterium podmiotowego. Wskazywane przez Zamawiającego kryteria, które mają dyskwalifikować Odwołującego się odnoszą się faktycznie do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził także, że rozważał możliwość zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu, jednak uznał, że wątpliwości może budzić na tym etapie jego interes prawny. Dlatego też stanowisko Zamawiającego - odnośnie niedopuszczalności wniesienia odwołania wobec tego, że nie zostało wniesione odwołanie odnośnie treści ogłoszenia o zamówieniu - jest nieprawidłowe również z tej przyczyny że dopiero na tym etapie, po zapoznaniu się z wynikami oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu realizuje się konkretny interes prawny Odwołującego się, aktualizuje się jego legitymacja do wniesienia odwołania. Dalej wykonawca podał, że Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie wykonywanie co najmniej 5 usług w zakresie obsługi dla jednostek, do których stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków nie może być traktowane jako spełnienie warunku z ogłoszenia o zamówieniu. Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy między innymi w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonywali lub wykonują co najmniej pięć usług polegających na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek sektora finansów publicznych w tym co najmniej jedna na rzecz jednostki samorządu terytorialnego. Przez stałą obsługę prawną zamawiający rozumie wykonywanie przez minimum pół roku obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek finansów publicznych". Składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący załączył dokumentację potwierdzającą - jego zdaniem - fakt, że w okresie trzech lat przed 30.11.2010 wykonane zostało co najmniej 5 usług przez co najmniej pół roku polegających na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek, do których stosuje się przepisy ustawy prawo finansów publicznych (wskazane w punktach 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15 tabeli - zawartej w załączniku - Wykaz stanowiący podstawę do oceny spełniania warunku z III.3.2 i III.3.4 oraz III.4.2), w tym co najmniej jedna na rzecz jednostki samorządu terytorialnego (wskazana w punkcie 14 tabeli). Odwołujący nie zaprzeczał, że obsługi dotyczące jednostek sektora finansów publicznych w ścisłym tego słowa znaczeniu to usługi na rzecz Gminy Dziwnów

oraz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii. Ubiegając się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyjaśnił jednak, że dysponuje również doświadczeniem proporcjonalnym do tego, które jest objęte przedmiotem zamówienia publicznego a jego zakres łącznie z doświadczeniem tożsamym - potwierdza spełnienie wymagań formalnych w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych - art. 4 ust. 1 ustawy Pzp przepisy stosuje się do podmiotów w zakresie w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami. Zdaniem wykonawcy, nie powinno być wątpliwości, że Stowarzyszenie Publiczna Szkoła Podstawowa na Głębokiem (dawna nazwa - Stowarzyszenie na rzecz rozwoju Publicznej Szkoły Podstawowej nr 21 w Szczecinie Mała Wielka Szkoła) jest podmiotem, do którego stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych. Ponadto Stowarzyszenie prowadząc Szkołę Publiczną wykonuje zadania jednostki samorządu terytorialnego. Wykonawca powołał się także na orzecznictwo sądowe i KIO, z którego wynika w szczególności, że niedopuszczalnym ograniczeniem konkurencji jest żądanie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w dostawach tożsamych z przedmiotem zamówienia, proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia, oraz że doświadczenie wykonawcy nie musi być identycznym odwzorowaniem przedmiotu prowadzonego postępowania, ocena w tym zakresie dokonywana jest na podstawie postanowień siwz, w której zamawiający określił swoje oczekiwania. Stwierdził także, że nie można wymagać tożsamości w zakresie doradztwa w celu wykazania się doświadczeniem. Jest to zaprzeczenie zasadom uczciwej konkurencji a biorąc równego traktowania oraz powoduje podejrzenie promowania przez zamawiającego określonego wykonawcy bądź grupy wykonawców ubiegających wspólnie o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p. Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego się brak podstaw do wartościowania wiedzy oraz doświadczenia odnosząc się wyłącznie do kryterium podmiotu, na rzecz którego usługi były lub są świadczone, skoro zakres czynności w ramach stałej obsługi prawnej wykonywany zarówno na rzecz podmiotu z sektora finansów publicznych oraz takiego do którego stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych dokonywany jest na podstawie tych samych przepisów. Takie wartościowanie wykracza poza niezbędny poziom i nie daje podstaw do oceny że tylko świadcząc usługi na rzecz podmiotu sektora finansów publicznych Wykonawca będzie dawał rękojmi należytego wykonywania usług na rzecz Zamawiającego. Wykonawca nie ma

podstaw, aby zakwestionować istnienie wiedzy, doświadczenia i umiejętności ubiegającego się o udzielenie zamówienia jakie powinien posiadać przy realizacji zamówienia, bowiem z załączonych dokumentów wynika że posiadane doświadczenie jest proporcjonalne. Wobec powyższego wykonawca zamieszczając wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie udokumentował doświadczenie proporcjonalnie do zamówienia, a mianowicie - doświadczenie w zakresie obsługi jednostek, do których stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych oraz doświadczenie w zakresie obsługi na rzecz jednostki samorządu terytorialnego i Inspekcji Weterynaryjnej. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że różne doświadczenie - gorsze i lepsze jakościowo - można uzyskać poprzez wykonywanie czynności na rzecz podmiotu, do którego stosuje się przepisy ustawy o finansach publicznych w przypadku gdy zakres jest taki sam jaki wykonuje się na rzecz podmiotów z sektora finansów publicznych niż podczas świadczenia usług na rzecz podmiotu z tego sektora. Ponadto, zdaniem wykonawcy, nie można pomijać okoliczności, że ustawa o zamówieniach publicznych implementując postanowienia dyrektyw, wprowadza w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obowiązek stosowania jej postanowień przez tzw. instytucje prawa publicznego. Są to osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub nieposiadające osobowości prawnej państwowe jednostki organizacyjne, pojedynczo lub wspólnie, finansują je w ponad 50%, posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mianowały ponad połowę składu organu nadzorczego lub zarządzającego - tzw. instytucje prawa publicznego. Definicja instytucji prawa publicznego została zawarta w dyrektywach 2004/17/EWG, 2004/18/EWG i składa się z trzech elementów, które muszą wystąpić łącznie, aby uznać podmiot za podlegający regulacjom zamówień publicznych: 1) instytucja posiada osobowość prawną; 2) instytucja została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a więc potrzeb, których spełnienie leży w interesie publicznym; 3) instytucja spełnia co najmniej jeden z warunków: jest finansowana w całości lub przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego, podlega nadzorowi w odniesieniu do zarządu instytucji, ponad połowę składu jej organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego. Kierunki interpretacji pojęcia instytucji prawa publicznego wyznacza bogate orzecznictwo ETS. Orzecznictwem ETS należy się kierować także w interpretowaniu art. 3 ust. 1 pkt 3, gdyż jest to regulacja nowa, istotnie zmieniająca dotychczasowy stan prawny. Pewnym substytutem definicji dyrektywowej w ustawie o zamówieniach publicznych był przepis art. 4 ust. 1 pkt 6, zgodnie z którym do stosowania tej

ustawy zobowiązane były państwowe i komunalne jednostki organizacyjne i jednostki zależne, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej. Ustawodawca w nowej ustawie świadomie zrezygnował z pojęcia użyteczności publicznej, zastępując je określeniem używanym w dyrektywach i wielokrotnie interpretowanym przez ETS tj. pojęciem instytucji prawa publicznego, które jest autonomicznym pojęciem prawa wspólnotowego. Ustalając, czy dany podmiot jest zamawiającym w rozumieniu dyrektyw, ETS bierze pod uwagę normy prawa krajowego, ale jedynie w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki określone w dyrektywach. Z uwagi na brzmienie przepisu polskiej ustawy, powtarzające brzmienie odpowiednich przepisów dyrektyw, orzecznictwo ETS jest ważną podstawą do dokonywania wykładni. Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślał, że kryteria wskazane w definicji powinny wystąpić kumulatywnie. Wskazał także, że status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Odnosząc się do zarzutu braku udokumentowania, że usługi zostały lub są wykonywane należycie, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z § 1 ust. 1 punkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków zamawiający żąda wykazu wykonanych, oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie; W celu wykazania, że usługi zostały wykonane należycie Odwołujący się załączył referencje i oświadczenia, w tym własne w sprawie należytego wykonywania usług. Ponadto okres w trakcie którego wszystkie z usług były świadczone potwierdza zadowolenie poszczególnych podmiotów ze świadczonych przez Kancelarię usług a w konsekwencji potwierdza również fakt należytego wykonywania czynności. Tym samym Zamawiający nie ma podstaw aby prawdziwość takiego oświadczenia kwestionować ani domagać się złożenia oświadczenia w tym przedmiocie przez Zleceniobiorcę. „1. Żaden przepis p.z.p. ani aktów wykonawczych do p.z.p. nie wskazuje przesłanek i nie daje podstawy do subiektywnego decydowania i wyboru przez zamawiającego, jaki rodzaj dokumentu spośród wskazanych jako równoważne w § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, może być złożony przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku. Nawet jeśli złożenie danego rodzaju dokumentu może wydawać się zamawiającemu za mało prawdopodobne (co nie wyklucza możliwości jego złożenia), to nie można przyjąć, iż w granicach obowiązującego prawa zamawiający jest uprawniony do pominięcia tego rodzaju dokumentu w specyfikacji. Ponadto wnioskujący o udział w postępowaniu wskazuje na treść art. 75 § 1 i § 2 k.p.a., z którego wynika, że jako dowód w postępowaniu administracyjnym należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być

dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny. Jeżeli jednak - tak jak w niniejszej sprawie - przepis prawa nie wymaga urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego w drodze zaświadczenia właściwego organu administracji, organ administracji publicznej odbiera od strony, na jej wniosek, oświadczenie złożone pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznania. Przepis art. 83 § 3 stosuje się odpowiednio. Wobec powyższego w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości działając w imieniu Kancelarii Radców Prawnych Kawczyński Korytkowska Partyka Sp.p. w Szczecinie, jako członek zarządu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji oświadczyła pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznania że reprezentowana przez nią Kancelaria świadczyła na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 9 - Wykaz stanowiący podstawę do oceny spełniania warunku z III.3.2 i III.3.4 oraz III.4.2 do pisma z dnia 30 listopada 2010r. usługi wskazane w punktach 1-14 oraz 16 tego załącznika i wskazane usługi były lub są wykonywane z należytą starannością a klient nie zgłaszał co do należytego wykonywania usług żadnych zastrzeżeń. Ponadto terminowo regulował wszelkie należności tytułu świadczonych usług. Spółka załączyła referencje od Stowarzyszenia Publiczna Szkoła Podstawowa na Głębokiem (dawna nazwa - Stowarzyszenie na rzecz rozwoju Publicznej Szkoły Podstawowej nr 21 w Szczecinie Mała Wielka Szkoła), odnośnie usług świadczonych na rzecz Gminy Dziwnów wystawione przez Baltic Development Sp. z o.o. oraz liczne dokumenty potwierdzające fakt wykonania usług na rzecz wskazanych przez Odwołującego podmiotów, w tym umowę o świadczenie stałej obsługi prawnej zawartą pomiędzy r.pr Jerzym Deboa i Inspekcją Weterynaryjną. Wykonawca stwierdził także, że w myśl art. 5 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że do usług niepriorytetowych nie stosuje się obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z tego wynika że istnieje jedynie takie prawo. Zamawiający z prawa tego skorzystał nie wyszczególniając jednak jakich dokumentów wymaga odnośnie wykazania należytego wykonania usług, Z art. 25 ustawy o zamówieniach publicznych wynika, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, oraz 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Oznacza to, że oprócz prawa żądania dokumentów Zamawiający ma prawo wskazać jakie dokumenty będzie uznawał za wystarczające. Skoro tego nie wskazał nie ma podstaw traktować wyłącznie referencji jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. „Zamawiający swoje żądania co do złożenia oświadczeń i dokumentów powinien sprecyzować w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Wobec tego Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania prawidłowości wykazania dokumentami należytego wykonania usług na

rzecz wskazanych podmiotów. Co do referencji uzyskanych od Baltic Developmen Spółki z o.o. odnośnie usług świadczonych na rzecz Gminy Dziwnów Odwołujący się wyjaśnia, że referencje uzyskał od pomiotu na zlecenie którego usługi były wykonywane. Zlecenie odnośnie wykonania czynności na rzecz Gminy Dziwnów udzieliła Odwołującemu się bowiem ta Spółka. Nie powinno być zatem wątpliwości, iż Odwołujący się w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków wykonywała lub wykonuje przez okres co najmniej pół roku co najmniej pięć usług polegających na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek do których stosuje się przepisy o finansach publicznych oraz sektora finansów publicznych, w tym co najmniej jedna na rzecz jednostki samorządu terytorialnego a zatem ma doświadczenie tożsame do przedmiotu objętego zamówieniem. W konkluzji stwierdził, że nie istnieją przyczyny wykluczenia Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy przedstawione w pisemnych stanowiskach oraz w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem podniesione w nim zarzuty są niezasadne.

Tak jak ustaliła Izba zasadniczy zarzut podniesiony w odwołaniu to naruszenie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 22 ust.4 i art. 25 oraz art. 5 ustawy Pzp, z uwagi na bezpodstawne wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie wykonawca wskazał na naruszenie art. 182 ust.2 w związku z art. 182 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego braku możliwości wniesienia odwołania na te wymagania, które wynikają z treści Ogłoszenia o zamówieniu.

Rozpatrując pierwszy z zarzutów Izba stwierdziła, że warunkiem udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na „Świadczenie usług prawniczych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego” [pkt III.2.2 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu], było wykazanie przez wykonawcę, m.in. wykonania [w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie] lub wykonywania, co najmniej pięciu usług polegających na świadczeniu stałej obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek z sektora finansów publicznych, w tym co najmniej jedną jednostkę samorządu terytorialnego. Przez stałą obsługę prawną Zamawiający rozumiał wykonywanie przez co najmniej pół roku obsługi prawnej w zakresie obsługi jednostek sektora finansów publicznych.

Zgodnie z art. 4 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. nr 157, poz.1240) przepisy ustawy stosuje się do (1)jednostek sektora finansów publicznych; oraz do 2)innych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami. Z kolei z ust.2 tego przepisu wynika, że przepisy dotyczące jednostek samorządu terytorialnego stosuje się odpowiednio do związków gmin i powiatów. A zatem Zamawiający w zakresie spornego warunku jednoznacznie ustalił, że wymaga wykazania przez wykonawcę 5 [pięć] usług tylko w zakresie obsługi prawnej jednostek sektora finansów publicznych. Wykonawca przyznał w odwołaniu, że wykonał tylko dwie usługi na rzecz takich podmiotów, a zatem nie potwierdził spełnienia warunku ustalonego w pkt III.3.2 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu.

Wykonawca nie załączył także wymaganych w tym postępowaniu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Za taki dokument referencyjny nie można uznać oświadczeń składanych przez odwołującego się wykonawcę.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych stanowi w art. 25 ust.1 tej ustawy o oświadczeniach i dokumentach oraz jednoznacznie wskazuje, w jakich przypadkach wykonawca może złożyć oświadczenie. W przypadku dialogu konkurencyjnego, o takim oświadczeniu stanowi przepis art. 50 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 60c ust. 2 ustawy Pzp, w myśl którego takie oświadczenie dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei powołane w odwołaniu rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający oraz form ich składania ustawa stanowi wyłącznie o dokumencie potwierdzającym, że usługa jest wykonywana lub była wykonana należyście. Przepisy tego rozporządzenia nie dopuszczają w tym zakresie żadnych odstępstw, a zatem wykonawca przedkładając tylko oświadczenia o spełnianiu wymaganych warunków nie spełnił wymagań określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Izba zwraca także uwagę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 14 ustawy Pzp stosuje się - w sprawach nieuregulowanych ustawą – przepisy kodeksu cywilnego, a nie jak wnosi Odwołujący przepisy kodeksu postępowania administracyjnego.

Izba stwierdza także, że podnoszony przez wykonawcę zarzut naruszenia art. 182 ust.2 w związku z art. 182 ust.1 ustawy Pzp, jest niezasadny i podlega oddaleniu. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że o skuteczności wniesienia odwołania i zarzutów w nim podniesionych w myśl art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp rozstrzyga Krajowa Izba Odwoławcza. Ponadto Izba podziela pogląd Zamawiającego, że na obecnym etapie postępowania wykonawca ma wyłącznie możliwość wykazywania spełnienia wymagań ogłoszenia o zamówieniu bez możliwości skutecznego wykazywania, że wymagania zostały określone nieprawidłowo. Wbrew twierdzeniom Odwołującego ten formalizm postępowania

przestrzegany przez zamawiającego, stanowi o respektowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie przestrzeganie wymagań podmiotowych ustalonych w Ogłoszeniu dyskwalifikuje każdego z wykonawców i skutkuje w konsekwencji wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania, m.in. na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Niesłuszne jest także stanowisko Odwołującego, że usprawiedliwienie dla niepodporządkowania się wymaganiom Zamawiającego stanowi przepis art. 5 ustawy Pzp i art. 25 ust.1 ustawy Pzp, albowiem zastosowanie niekwestionowanych wymagań, w każdym przypadku - bez względu na wartość i rodzaj usługi – skutkuje obowiązkiem ich przestrzegania zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego. Izba stwierdza także, iż obawy wykonawcy co do braku możliwości wykazania interesu, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp w kwestionowaniu warunków mających na celu wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, tj. spełniających warunki udziału w postępowaniu (kwalifikacja podmiotowa) są także nieuzasadnione. W każdym bowiem przypadku wydaje się oczywiste, że ustalenie przez zamawiającego kryteriów mogących dyskwalifikować wykonawcę, a które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania stanowi o naruszeniu interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody wobec braku możliwości ubiegania się o zamówienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....