

**WYROK**

**z dnia 2 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r.

przez wykonawcę: **TRIAS S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa oprogramowania* (nr sprawy 3/2012)

prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Energetyki Oddział Techniki Grzewczej i Sanitarnej w Radomiu, Radom**

przy udziale wykonawców: TDC TELECOM J..... N..... z Piły, Z..... N..... z Piły – wspólników spółki cywilnej występującej pod nazwą **TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N.....** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: TRIAS S.A. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: TRIAS S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego: TRIAS S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz przystępującego: TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... z Piły kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów uczestnika w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 w **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Energetyki Oddział Techniki Grzewczej i Sanitarnej w Radomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, 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 „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa oprogramowania* (oznaczenie sprawy 3/2012).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 19 grudnia 2012 r. nr 2012/S\_244-401425, z tym, że 14 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił je w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.itgs.radom.pl>), na której zamieścił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej w skrócie: „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

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

7 marca 2013 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – TRIAS S.A. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... z Piły.

18 marca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... z Piły, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 pzp oraz *innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania*.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania II.
2. Wykluczenie TDC Polska J..... N....., Z..... N..... s.c. z postępowania – ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo uzupełnienia wykazu na wezwanie zamawiającego oraz ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.
3. wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający w rozdziale VII ust. 1 pkt 2 SIWZ w brzmieniu

po zmianie z 21 stycznia 2013 r. wymagał w odniesieniu do zadania nr II wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 2 dostaw oprogramowania o wartości nie niższej od 200.000 zł każda. Zdaniem Odwołującego z treści warunku wynika, że Zamawiający postanowił badać doświadczenie wykonawców przez weryfikację takich dostaw, których przedmiotem była dostawa oprogramowania, nie zaś postępowań, w których dostarczano inny przedmiot zamówienia z zainstalowanym oprogramowaniem. Dla Odwołującego jest to całkowicie inny rodzaj doświadczenia. Takie ujęcie warunku jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, ponieważ realizacja samodzielnej dostawy oprogramowania wymaga innej wiedzy i doświadczenia niż w przypadku dostawy sprzętu (telebimów, wyposażenia technicznego), na którym to oprogramowanie jest już zainstalowane. W przypadku dostaw badanie wiedzy i doświadczenia wykonawców ma za zadanie zweryfikować ich możliwości logistyczne, posiadany asortyment, kontakty umożliwiające zakup i odsprzedaż wymaganego przedmiotu zamówienia. Doświadczenie w sprzedaży sprzętu z zainstalowanym oprogramowaniem nie potwierdza, że wykonawca posiada w swoim asortymencie odpowiednie oprogramowanie lub kontakty i powiązania handlowe umożliwiające dostawę samego oprogramowania.

Odwołujący podał również, że Wykonawca TDC w wykazie dostaw (strona 6 oferty), wskazał w pozycji nr 1 *dostawę wyposażenia komputerowego do hali widowiskowo - sportowej, oprogramowanie sprzedaży biletów i obsługi imprez masowych, oprogramowanie Digital Signage* o wartości całego zamówienia ponad 1,5 mln zł. W ocenie Odwołującego dostawa ta nie spełnia wymogu SIWZ, gdyż jej głównym celem była dostawa wyposażenia komputerowego. Według Odwołującego oznacza to, że Wykonawca TDC nie posiada doświadczenia i wiedzy koniecznej do realizacji dostawy samego oprogramowania, co – w kontekście dokonanej czynności wezwania do uzupełnienia w tym zakresie – powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wskazał, że z treści pozycji nr 1 pierwotnego wykazu nie wynikała również wymagana w SIWZ wartość dostawy samego oprogramowania, informacji tej nie da się także wyczytać z protokołu końcowego odbioru tej dostawy. W związku z tym Zamawiający wezwał 25 lutego 2013 r. TDC do uzupełnienia wykazu dostaw. W odpowiedzi 27 lutego 2013 r. Wykonawca przesłał nową referencję dotyczącą tej pozycji wykazu, twierdząc, że wynika z niej potwierdzenie spełnienia postawionego warunku. Uzupełnione referencje wskazują, że łączna wartość zamówienia objętego umową 152/PNOG152/2011 zawartą przez Politechnikę Koszalińską wyniosła 1.550.520,78 zł, natomiast *koszt oprogramowania obsługującego wszystkie systemy 220.170 zł*.

Zdaniem Odwołującego należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przyjętą linią orzecniczą, to wykaz dostaw jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, zaś referencja ma tylko potwierdzać *należytość jej wykonania*. Potwierdza to wyrok Izby z 26 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 744/11), w którym Izba wskazuje, że *referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencji mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane* oraz wyrok z 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1537/10), w którym podano, że *wykaz jest oświadczeniem wiedzy i woli wykonawcy potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a załączane do nich referencje mogą potwierdzać jedynie należyte wykonanie umów ujętych w tym wykazie*. Odwołujący stwierdził, że wykonawca na wezwanie nie uzupełnił wykazu dostaw, a więc jedynego dokumentu, który może potwierdzić spełnianie warunku. Natomiast informacje podane w referencjach nie mogą stanowić podstawy do oceny spełniania warunku, ponieważ nie stanowią oświadczenia woli wykonawcy. W ocenie Odwołującego uznanie spełniania warunku na podstawie treści referencji stanowi naruszenie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków jest właśnie wykaz. Z tego powodu TDC powinna zostać wykluczona z postępowania za brak potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Według Odwołującego należy zwrócić także uwagę na fakt, że informacje podane w referencjach wystawionych przez Politechnikę Koszalińską są niezgodne z danymi pochodzącymi z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, które stanowi podstawę doświadczenia wykonawcy. Podana wartość oprogramowania – ponad 220.000 zł jest zawyżona, a wartość dostawy oprogramowania wynikająca z umowy nr 152/PNOG152/2011 wyniosła ok. 161.000 zł. W ocenie Odwołującego podane w referencjach informacje o wartości dostaw oprogramowania stanowi podanie nieprawdziwej informacji, która ma wpływ na wynik postępowania (wybór wykonawcy TDC) i tym samym wypełnia samodzielną przesłankę wykluczenia opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który podał nieprawdziwe informacje, jeżeli taka okoliczność była przez Wykonawcę zawiniona. Według Odwołującego w omawianym przypadku nie sposób uznać, że Wykonawca na wezwanie do uzupełnienia przypadkowo załączył referencję wystawioną przez Politechnikę Koszalińską, lub też, że nie wiedział, jaka była faktyczna wartość oprogramowania dostarczona w ramach umowy nr 152/PNOG152/2011. Obowiązkiem Wykonawcy TDC było przedstawić dokument potwierdzający spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Wbrew przepisom Wykonawca ten zdecydował się przedstawić w tym zakresie referencję odbiorcy swoich usług, jednak niezależnie od wystawcy dokumentu, to Wykonawca składający oferty odpowiada za prawdziwość informacji zawartych w tych dokumentach. To wykonawca zgodnie z art. 82 ust.

1 pzp składa ofertę w postępowaniu, a obowiązkiem zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp jest wykluczyć takich wykonawców, którzy *złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*. Odwołujący podsumował, że decydujące znaczenie ma więc sam fakt złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie, a nie to kto wystawił dokument, z którego taka informacja wynika. Jak to stwierdził Odwołujący – potwierdzenie spełniania warunków należy rozumieć szeroko, także w kontekście przywołanego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, w związku z czym obowiązkiem Zamawiającego było sprawdzić prawdziwość informacji wskazanych w ofercie Wykonawcy i wykluczyć TDC z postępowania.

Zdaniem Odwołującego warto zwrócić na to uwagę, że brzmienie przywołanego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wyklucza możliwość jego spełnienia przez podanie wartości oprogramowania wraz z wdrożeniem (na co pozwala wprost warunek określony dla zadania nr I). Dlatego nie można do kwoty 161.000 zł doliczać żadnych usług dotyczących instalacji lub konserwacji oprogramowania, ujętych w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Koszalińską.

Według Odwołującego trzeba także zaznaczyć, że nawet gdyby do umowy nr 152/PNOG152/2011 została zawarta umowa na dostawy uzupełniające, to wartości obu umów nie można sumować w celu potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia. Wynika to z brzmienia tego warunku: wykazanie co najmniej 2 dostaw oprogramowania o wartości nie niższej od 200.000 zł każda, które oznacza, że Wykonawca miał obowiązek wskazać dwie dostawy rozumiane jako realizacja pojedynczych umów sprzedaży każda o wartości co najmniej 200.000 zł. Zgodnie z art. 2 pkt 2 pzp jako dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw, dóbr w szczególności na podstawie umowy sprzedaży. Dostawa oprogramowania jest właśnie umową sprzedaży, która zgodnie z art. 535 Kodeksu cywilnego zobowiązuje sprzedającego (wykonawcę) do przeniesienia własności rzeczy i jej wydania, a kupującego (zamawiającego) do odbioru rzeczy i zapłaty wynagrodzenia. Zrealizowanie tych czynności powoduje uznanie, że dostawa (sprzedaż) miała miejsce i została zakończona. Zawarcie nowej, innej umowy sprzedaży nie może być rozumiane w kontekście ww. przepisów jako kontynuacja pierwszej dostawy, ponieważ mamy wtedy do czynienia z nowym stosunkiem prawnym, nowym zobowiązaniem i tym samym realizacją nowej dostawy. Wskazane zatem wartości dostaw oprogramowania (161.000 zł) stanowią całość kosztów dostawy oprogramowania w ramach umowy nr 152/PNOG152/2011, które nie mogą być powiększone, ani o wartość usług powiązanych z dostawą oprogramowania, ani też o wartość kolejnych dostaw realizowanych na podstawie innych umów. Oznacza to brak możliwości uznania, że wskazana dostawa potwierdza spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do 2. pozycji wykazu należy wskazać, że według oferty wartość oprogramowania wyniosła ponad 1 mln złotych, natomiast z referencji wynika, że wartość każdej z dwóch dostaw (nieznany jest zakres tych dostaw) przekroczyła 1 mln złotych, przy czym z treści referencji należy wnioskować, że dostawy te obejmowały: punkty reklamowe oraz komputer z zainstalowanym oprogramowaniem sterującym. Oznacza to, że wartość całości wynosi powyżej 1 mln zł., ale kwota ta nie odnosi się do wartości oprogramowania, która rzecz jasna musi być niższa, jednak Wykonawca TDC nie wskazuje jaka. Oznacza to, że informacja podana w wykazie dostaw nie potwierdza spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania dostawy oprogramowania o wartości, co najmniej 200.000 zł. Także w tym przypadku aktualny jest zarzut dotyczący wskazania dostawy, którym głównym celem nie była dostawa oprogramowania. Należy zauważyć, że wspomniana referencja podaje również, że *system jest centralnie zarządzany przez oprogramowanie SCEO, a całość została zaprojektowana przez zespół inżynierów TDC Polska*. Z tego zapisu nie wynika, żeby wykonawca TDC w ogóle dostarczył oprogramowanie SCEO, a jedynie, że zaprojektował system wykorzystujący to oprogramowanie. Informacje te w sposób oczywisty nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a fakt rozbieżności pomiędzy treścią pozycji nr 2 wykazu i referencją wskazują, że także i wykaz nie może być wiarygodnym źródłem informacji potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia pozycji nr 2 wykazu dostaw lub do jej wcześniejszego wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, czego Zamawiający nie uczynił.

Odwołujący ocenił, że w kontekście braku prawidłowego uzupełnienia pozycji nr 1 wykazu i braku potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a także ziszczenia się przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, obecnie wzywanie do uzupełnienia w zakresie pozycji nr 2 nie jest uzasadnione, a wykonawcę TDC należy wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

26 marca 2013 r. wpłynęła do Izby pisemna odpowiedź na odwołanie z 25 marca 2013 r., w której Zamawiający oświadczył, że uznaje zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości i uwzględni odwołanie.

20 marca 2013 r. (pismem z tej daty) wykonawcy: TDC TELECOM J..... N..... z Piły, Z..... N..... z Piły – wspólnicy spółki cywilnej występującej pod nazwą TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... – zgłosili do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie

pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu i wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Przystępujący odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania.

Po pierwsze – zdaniem Przystępującego Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że przedmiotem dostaw, które miały potwierdzić spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia miało być zainstalowanie oprogramowania. Przystępujący wskazał, że wyposażenie komputerowe, które dostarczył Politechnice Koszalińskiej – obok samodzielnego oprogramowania – zawierało również oprogramowanie, które Przystępujący najpierw musiał zainstalować, przeprowadzić szkolenie z jego obsługi i następnie wdrożyć. Według Przystępującego wynika z tego bezzasadność argumentu Odwołującego jakoby dostawa oprogramowania w ramach wyposażenia komputerowego, nie stanowiła dostawy oprogramowania, o której mowa w SIWZ. Tym samym nietrafny jest zarzut Odwołującego, że Przystępujący nie posiada odpowiedniego doświadczenia z uwagi na to, że realizacja samodzielnej dostawy oprogramowania wymaga innej wiedzy i doświadczenia, niż w przypadku dostawy sprzętu, na którym to oprogramowanie jest zainstalowane.

Po drugie – według Przystępującego na uwagę zasługuje również fakt, że Odwołujący wykazuje spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w taki sam sposób – w załączonym do oferty wykazie dostaw we wszystkich trzech pozycjach wymienia dostawę i instalację systemów multimedialnych, w tym dostawę oprogramowania. Dla Przystępującego niezrozumiałe jest dlaczego Odwołujący uznał, że przedstawiony przez niego wykaz dostaw jest zgodny z wymogami SIWZ, a wykaz Przystępującego nie.

Odnosnie wartości dostawy oprogramowania z poz. 1. wykazu, Przystępujący podkreślił, że zamawiający często nie mają wiedzy na temat wartości poszczególnych elementów składowych montowanego u nich sprzętu, w tym wypadku *oprogramowania*. Taką wiedzę posiada jedynie wykonawca realizujący zamówienie i tylko on może jedynie ocenić wartość instalowanego oprogramowania. Tak właśnie uczynił Przystępujący, doręczając Politechnice oświadczenie z 12 lutego 2013 r., w którym wskazał dokładnie wartość poszczególnych pozycji wyposażenia hali widowiskowo-sportowej zawierających oprogramowanie komputerowe. Na tej podstawie Politechnika Koszalińska wystawiła referencje, w których obok wartości całej umowy podała wartość oprogramowania w kwocie 220.170 złotych brutto. Przystępujący na jego podstawie obliczył, że wartość *samodzielnego oprogramowania* (pozycje 1-5) wynosi 156.825 zł, natomiast wartość oprogramowania zainstalowanego w serwerach, terminalu komputerowym i ekranie diodowym (pozycje 6-9) – 63.345 zł, co łącznie daje kwotę 220.170 zł. Przystępujący podkreślił, że informacje podane przez niego w oświadczeniu były zgodne z prawdą, gdyż on sam jako dostawca tych



urządzeń ma największą wiedzę na ten temat. W ocenie Przystępującego tym samym za prawdziwe należy uznać informacje wskazane w referencjach Politechniki Koszalińskiej.

W ocenie Przystępującego biorąc pod uwagę oba dokumenty, tj. wykaz dostaw oraz referencje Politechniki Koszalińskiej – nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości, że spełnił wymóg SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Przystępującego sama okoliczność, że w wykazie dostaw nie wskazał w pozycji nr 1 wartości samego oprogramowania, lecz całego zamówienia – nie świadczy jeszcze o tym, że wartość oprogramowania, zarówno tego wymienionego samodzielnie, jak i tego będącego częścią składową wyposażenia komputerowego, nie przedstawia wartości wymaganej postanowieniami SIWZ. Według Przystępującego spełniał ten warunek, jednak nie wykazał tego w sposób niebudzący wątpliwości, natomiast referencje Politechniki z 14 lutego 2013 r. usunęły wszelkie wątpliwości w tym zakresie.

Przystępujący wywiódł, że oceniając opisany przez niego stan faktyczny należy mieć na uwadze cel ustalania przez Zamawiającego warunków udziału w przetargu. Zgodnie z wyrokiem Izby z 30 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1752/11) *wymaganie dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada wystarczający potencjał, niezbędną wprawę i umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia pod względem skali, złożoności i wartości. Potwierdzone w ten sposób doświadczenie ma dać zamawiającemu rękojmię, iż dany wykonawca jest zdolny do należytego wykonania robót objętych udzielanym zamówieniem.* Podobne stanowisko Izba zaprezentowała w wyroku z 16 lipca 2010 r. (sygn. akt 1291/10): *Prawo zamawiającego do ustalenia jakie doświadczenie wykonawcy uzna za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia nie jest nieograniczone, winno ono ograniczać się do ustalenia tego wymogu do poziomu niezbędnego czyli utwierdzającego zamawiającego w przekonaniu, że wykonawca który legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu pewnej ilości usług, dostaw czy robót budowlanych daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.* Przystępujący stwierdził, że wskazane powyżej poglądy podzielają również przedstawiciele doktryny prawa zamówień publicznych. Natomiast na stronie Urzędu Zamówień Publicznych dostępna jest opinia prawna pt. *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, w której autor podkreśla, że *Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.*

Swoboda ustalania kryteriów dla uczestników przetargu nie jest jednak nieograniczona. *Z jednej strony bowiem zamawiający ma prawo do takiego sformułowania*

*warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu, tzn. wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować zamówienie, z drugiej jednak strony zamawiający przy zabezpieczaniu swoich uzasadnionych potrzeb powinien uwzględnić również, mając na względzie zasady uczciwej konkurencji, interes wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. (...) „Jest oczywiste, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze. Ma więc zamawiający prawo do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Prawo to nie daje jednak zamawiającemu nieograniczonej swobody we wprowadzaniu tych warunków, gdyż przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nakazują przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy) i zabraniają określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy), czyli wprowadzać nieuzasadnione bariery ograniczające oferentom wzięcie udziału w przetargu. Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców” (wyr. SO w Świdnicy z 20.12.2005 r., II Ca 584/05, niepubl.) [P. Granecki – Komentarz do art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych, Legalis].*

Przystępujący ocenił, że – biorąc pod uwagę stanowisko doktryny zacytowane powyżej – sposób sformułowania przez Zamawiającego wymogu dotyczącego wiedzy i doświadczenia pozostaje w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyż umożliwia udział w przetargu szerszemu gronu podmiotów, niż w razie gdyby przyjąć interpretację przedstawioną przez Odwołującego. Gdyby do przetargu mogli przystąpić wyłącznie wykonawcy, którzy legitymują się realizacją dwóch dostaw *samodzielnego oprogramowania*, to wówczas liczba wykonawców uprawnionych do udziału w przetargu byłaby niższa. Zdaniem Odwołującego trudno uznać, że zapis rozdziału VII ust. 1., pkt 2. SIWZ wprowadza nieuzasadnione bariery ograniczające oferentom wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym.

Przystępujący podsumował, że zamawiający określa w SIWZ wymogi dotyczące udziału w postępowaniu u udzielenie zamówienia tak, aby mieć gwarancję, że spełniający je wykonawca będzie dysponować potencjałem wystarczającym do należytej realizacji

zamówienia. Ponieważ warunki w SIWZ formułowane są na potrzeby zamawiającego, do niego należy ocena, czy dany wykonawca w sposób wystarczający wykazał ich spełnienie. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający miał pewne wątpliwości, czy Przystępujący spełniał warunek wiedzy i doświadczenia i w tym celu wezwał go do uzupełnienia dokumentów. Dostarczone natomiast przez Przystępującego, na skutek wezwania Zamawiającego, referencje Politechniki Koszalińskiej najwyraźniej rozwiąły wątpliwości Zamawiającego, który uznał, że Przystępujący posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a tym samym daje rękojmię, iż jest zdolny do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wartości oprogramowania dostarczonego firmie LED CONCEPT (pozycja nr 2 wykazu dostaw), Przystępujący zwrócił uwagę, że jest jedynym w Polsce producentem oprogramowania SCEO, a co za tym idzie jego jedynym sprzedawcą i dystrybutorem. Zdaniem Przystępującego okoliczność ta świadczy o tym, że nie tylko dostarczył LED CONCEPT wyżej wspomniane oprogramowanie, ale także najlepiej wie, jaka jest jego wartość.

26 marca 2013 r. (pismem z tej daty) Przystępujący TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wnosząc o jego rozpoznanie.

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

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie

Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z następną w kolejności ceną, przy czym cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie objęta odwołaniem czynność Zamawiającego, polegająca na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania, naraża Odwołującego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na to, że to z nim zostanie zawarta odpłatna umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. Izba przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz ze zmianami, oferty Przystępującego, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, dokumentów przesłanych w odpowiedzi przez Przystępującego. Izba nie zapoznała się z protokołem postępowania, gdyż Zamawiający nie przedstawił go.

Izba wzięła także pod uwagę dokumenty składane przez Odwołującego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący – na którym z mocy art. 190 ust. 1 pzp (oraz art. 6 kodeksu cywilnego) ciążył ciężar dowodu – nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że wynikająca z uzupełnionej przez Przystępującego referencji z 14 lutego 2013 r. wartość dostawy oprogramowania w wysokości 220.170,00 zł stanowi informację nieprawdziwą. Niesporna była okoliczność, zaznaczona już w odwołaniu, że wartość ta została podana przez Politechnikę Koszalińską, a więc przez zamawiającego – drugą stronę umowy zrealizowanej przez TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... Odwołujący nie udowodnił swojego twierdzenia, że w rzeczywistości wartość dostarczonego oprogramowania była niższa. Odwołujący w tym celu przedstawił na rozprawie pismo z 27 marca 2013 r. Politechniki Koszalińskiej, która podała, że na wskazaną w referencji wartość oprogramowania składa się zarówno wartość „osobno” dostarczonego oprogramowania specjalistycznego (SCEO oraz do kontroli biletów), jak i wartość oprogramowania zainstalowanego w dostarczonym sprzęcie. Politechnika Koszalińska stwierdziła co prawda,

że wartość tej drugiej kategorii oprogramowania podana została w oparciu o oświadczenie Przystępującego, które nie było przez nią weryfikowane, jednak nie wycofała się z wydanej przez siebie uprzednio referencji. W szczególności Politechnika Koszalińska nie stwierdziła, że ma podstawy do tego, aby uważać informacje, na których się opierała, za nierzetelne i nieprawdziwe. Natomiast nie stanowi żadnego punktu odniesienia podkreślona przez Odwołującego dodatkowa informacja Politechniki Koszalińskiej, że przyjęła wartość oprogramowania stanowiącego wydzielone składniki, która została wpisana do ewidencji środków trwałych w wysokości 117500 zł. Stanowi to tylko potwierdzenie wartości oprogramowania podlegającej uwzględnieniu w ramach ewidencji środków trwałych prowadzonej na podstawie wymagań przepisów o rachunkowości. Odwołujący nie sprecyzował na rozprawie z czego wywodzi, że należy brać pod uwagę tylko wartość dostarczonego oprogramowania zaliczonego do środków trwałych. Z pewnością nie wynika to w żaden sposób z treści warunku udziału w postępowaniu wynikającego z s.i.w.z. W ocenie Izby zarzut złożenia nieprawdziwych informacji został podniesiony jako uzupełnienie zasadniczego zarzutu niewykazania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, co miało w intencji Odwołującego przesądzić o braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. W istocie odwołanie pobieżnie odnosi się do wykazania przesłanek zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp względem Przystępującego, w warstwie argumentacyjnej zacierając odrębność przesłanki wykluczenia opisaną w tym przepisie od przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Choć w odwołaniu wspomina się o konieczności wykazania, że złożenie nieprawdziwych informacji miało charakter zawiniony, to w rozważaniach dotyczących okoliczności sprawy została ona utożsamiona z odpowiedzialnością Przystępującego za dokumenty składane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Izba zważyła przede wszystkim, że brak wykazania nieprawdziwości informacji zawartych w uzupełnionej przez Przystępującego referencji, odpada ma charakter nieprawdziwy, czyni bezprzedmiotowym rozważanie, czy zostały spełnione pozostałe elementy podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Izba zważyła, że sam warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia został przez Zamawiającego określony w sposób bardzo ogólny, jako zrealizowanie lub realizacja co najmniej dwóch dostaw oprogramowania o wartości nie niższej niż 200.000 zł brutto każda. Zamawiający nie wymagał, aby oprogramowanie stanowiło wyłączny przedmiot lub miało charakter dominujący w ramach zrealizowanej należycie dostawy. W treści warunku nie zawężono również rodzaju oprogramowania, w którego dostarczaniu wykazać się należy doświadczeniem. Niewątpliwie przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2 jest specjalistyczne oprogramowanie, po pierwsze – systemu publikacji i dystrybucji treści składające się z dedykowanego oprogramowania obsługującego witryny wystawiennicze, dedykowanego

oprogramowania obsługującego systemy ekspozycyjne, dedykowane oprogramowanie systemu multimedialnego do zarządzania nośnikami, oraz, po drugie – oprogramowanie typu Web Kiosk. Zatem choć przedmiotem zamówienia jest tzw. oprogramowanie dedykowane, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, który wskazuje tylko na dostawy oprogramowania, wyraża stosunkowo ogólny związek z przedmiotem zamówienia, a proporcjonalność przejawia się w określonym stosunku wartości tych dostaw do przedmiotu zamówienia. Mimo to na zadanie 2. wpłynęły tylko trzy oferty, a zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący powołali się na doświadczenie zdobyte przy realizacji dostaw i instalacji systemów multimedialnych (stanowiących wyposażenie ekspozycji, sal widowiskowych czy obiektów sportowych), składających się zarówno z urządzeń, jak i oprogramowania. Zasadnicza różnica w sposobie wykazania warunku sprowadza się do tego, że Odwołujący od początku podał w wykazie wartość samego oprogramowania, natomiast Przystępujący wskazał w poz. 1. swojego wykazu wartość całej umowy, która obejmowała dostawę wyposażenia komputerowego, oprogramowania sprzedaży biletów i obsługi imprez masowych i programowania Digital Signage dla hali widowiskowo-sportowej Politechniki Koszalińskiej. Jak to podano w odwołaniu, brak wyszczególnienia wartości oprogramowania dostarczonego w ramach tej dostawy, spowodował wystosowanie przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Niesporna jest okoliczność, że w odpowiedzi na wezwanie Przystępujący formalnie nie złożył wykazu uzupełnionego o podanie w poz. 1. wartości oprogramowania, natomiast przesłał opisaną powyżej referencję. W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie wywiódł w odwołaniu, że jest to równoznaczne z niewykazaniem przez Przystępującego spełniania warunku, a dodatkowo stanowi naruszenie § ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Z tego przepisu wynika jednakże, że wykaz dostaw lub usług wraz z dokumentami potwierdzającym ich należyte zrealizowane stanowią komplet służący potwierdzeniu spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z kolei przywoływana w odwołaniu linia orzecznicza Izby dotyczy kwestii braku podstaw dla żądania przez zamawiających od wykonawców, aby przedstawili dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług zawierające elementy wymagane dla wykazu (wartość, przedmiot, daty wykonania), który jest oświadczeniem własnym wykonawcy. Zamawiający nie mogą wymagać, aby z dokumentu wystawionego przez odbiorcę (np. innego zamawiającego) wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytej realizacji, które można przypisać do konkretnej dostawy lub usługi opisanej w wykazie. Nie oznacza to jednak, że zamieszczenie informacji w szerszym zakresie dyskwalifikuje dokument potwierdzający, co najwyżej, w razie zaistnienia rozbieżności z informacjami podanymi w wykazie, może

to uzasadniać wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Przede wszystkim zauważyć należy, że w rozstrzyganej sprawie wykaz został załączony do oferty, a jedynie dotknięty był brakiem, który został uzupełniony, choć fizycznie informacja nie została wprowadzona do treści wykazu. Przystępujący w swoim piśmie z 27 lutego 2013 r. oświadczył przecież, że w załączeniu przesyła referencje, z których wynika potwierdzenie spełniania warunku określonego przez Zamawiającego, a tym samym wyraził wolę przedstawienia informacji w niej zawartych dla osiągnięcia tego celu. Zamawiający postąpił zatem prawidłowo biorąc pod uwagę zarówno wykaz i protokół odbioru załączone do oferty, jak i dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia, gdyż tworzą one w tym przypadku całość pozwalającą na merytoryczną ocenę spełniania warunku przez Przystępującego.

Odwołujący zakładał w odwołaniu, że wartość oprogramowania podana w uzupełnionej referencji wynika z uwzględnienia w jej ramach zamówień dodatkowych, objętych odrębną umową, czy też, niezależnie od tego, dodania wartości usług instalacji, wdrożenia lub konserwacji dostarczonego oprogramowania. Tymczasem z treści referencji przedstawionej przez Przystępującego (a wystawionej przez Politechnikę Koszalińską) wprost wynika, że podana w niej wartość oprogramowania dotyczy jednej umowy – nr 152/PNOG152/2011 – zawartej w wyniku rozstrzygnięcia tzw. etapu II, zadania III w ramach postępowania na wyposażenie Hali Widowiskowo-Sportowej w Koszalinie prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Wobec tego bezprzedmiotowe są wywody odwołania na temat braku możliwości sumowania wartości z większej liczby umów. Odwołujący nie wykazał również, że *wartość oprogramowania obsługującego wszystkie systemy*, o której mowa w uzupełnionej referencji, została podana z uwzględnieniem wartości usług powiązanych z dostawą oprogramowania. Jak to wynika z oświadczenia Przystępującego, na którego podstawie wystawiona została referencja, w ramach tej wartości uwzględniono (oprócz: systemu sterowania TDC CEO, oprogramowania dodatkowego TDC CEO, oprogramowania kontroli biletów i oprogramowania wideonadzoru do sprzężenia z systemem kontroli i oprogramowania do sprzedaży biletów – na łączną kwotę 156.825 zł) następujące oprogramowanie komputerowe: oprogramowanie systemów operacyjnych i baz danych dla dwóch serwerów sprzedaży biletów (bazodanowego z aplikacyjnym i www) i jednego serwera kontroli biletów, oprogramowanie systemów operacyjnych i klienckich dla trzech terminali komputerowych, a także oprogramowanie kontroli i kalibracji obrazu oraz oprogramowanie mixera TV – na łączną kwotę 63.345 zł. Odwołujący wykazał jedynie, za pomocą fotokopii czterech stron oferty TDC Polska złożonej Politechnice Koszalińskiej (ledwo czytelnych, ale nie kwestionowanych przez Przystępującego), że oprogramowanie to nie było wyszczególnione w ramach tych pozycji sprzętowych (z wyjątkiem terminala, przy którym wprost mowa jest o systemie operacyjnym Windows 7). Izba dostrzega

niebezpieczeństwo i nie podziela co do zasady rozumowania Przystępującego, że tylko wykonawcy muszą wiedzieć jakiego rodzaju rzeczy i o jakiej wartości dostarczyli, gdyż w skrajnym przypadku może to prowadzić do braku możliwości weryfikacji przez zamawiających doświadczenia deklarowanego przez wykonawców na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Tym niemniej w rozstrzyganej sprawie nie sposób pominąć, że adresat wspomnianej oferty, który dokonał jej wyboru i zawarł z Przystępującym umowę, potwierdził zarówno fakt dostarczenia wspomnianego oprogramowania, jak i jego wartość. Nawet jeżeli Politechnika Koszalińska szczegółowo nie weryfikowała wartości oprogramowania w ramach poszczególnych pozycji sprzętowych, to racjonalnie trudno przyjąć, że jako strona zrealizowanej już umowy potwierdziła otrzymanie sprzętu i oprogramowania, które – jak twierdził Odwołujący – w rzeczywistości nie zostało dostarczone. Jak już wskazano to powyżej, ciężar udowodnienia w tym zakresie spoczywał na Odwołującym, który powinien złożyć do zamknięcia rozprawy odpowiednie dowody.

Nie potwierdził się również zarzut przedwczesnej pozytywnej oceny przez Zamawiającego poz. 2. wykazu załączonego do oferty Przystępującego. Przede wszystkim zauważyć należy, że w pozycji tej – odmiennie niż dla poz. 1. wykazu – wpisano wyłącznie dostawę oprogramowania, a zatem do niej odnosi się podana w następnej rubryce wartość. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego zgłaszaną przez niego samego wątpliwość, czy ta kilkakrotnie przekraczająca wymaganie Zamawiającego kwota nie była w rzeczywistości niższa niż 200 tys. zł. Ponadto Odwołujący, choć wcześniej sam podnosił, że to z wykazu – stanowiącego oświadczenie własne wykonawcy – wynikać ma potwierdzenie spełniania warunku, w tym przypadku cytował fragment treści referencji, która potwierdza należyte wykonanie dostawy opisanej w wykazie. Ponieważ Odwołujący nie zaprzeczał twierdzeniom Przystępującego, który wskazywał na to, że jest producentem oprogramowania SCEO (składając również na rozprawie pośrednio na to wskazujący certyfikat potwierdzający spełnianie wymagań ISO 9001:2008, ISO 14001:2004 m.in. w zakresie projektowania, wytwarzania i sprzedaży oprogramowania) – Izba uznała argumentację odwołania za opartą na wybiórczej interpretacji fragmentu referencji, celowo prowadzonej w oderwaniu od treści wykazu i znanych sobie okoliczności. Ponieważ Odwołujący sam bazuje na doświadczeniu zdobytym przy dostawach sprzętu multimedialnego, którym towarzyszą dostawy oprogramowania, w mniejszym lub większym stopniu opisane w załączonych dokumentach potwierdzających należyłą realizację całościowych dostaw, nie ma interesu, aby kwestionować taką możliwość w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.



Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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) – obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Przystępującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....