

Sygn. akt: KIO/UZP 1488/09

WYROK

z dnia 4 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 1 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez INVESTMENT SUPPORT Agata Kozłowska, 05-840 Brwinów, ul. Jagiellońska 6 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gmina Miejska Kraków, Urząd Miasta Krakowa, Oddział Zamówień Publicznych, 31-004 Kraków, pl. Wszystkich Świętych 3-4 protestu z dnia 24 września 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża INVESTMENT SUPPORT Agata Kozłowska, 05-840 Brwinów, ul. Jagiellońska 6 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez INVESTMENT SUPPORT Agata Kozłowska, 05-840 Brwinów, ul. Jagiellońska 6;
- 2) dokonać zwrotu kwoty 3 038 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz INVESTMENT SUPPORT Agata Kozłowska, 05-840 Brwinów, ul. Jagiellońska 6.

U z a s a d n i e

Zamawiający Gmina Miejska Kraków, Urząd Miasta Krakowa Oddział Zamówień Publicznych, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą „świadczenie usług doradczych dla Gminy Miejskiej Kraków w procesie przygotowania przedsięwzięcia w zakresie budowy mieszkań komunalnych (OR-10.3410-61/09)”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241), zwanej dalej w skrócie Pzp.

24.07.2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 119 105.

17.09.2009 r. zamawiający powiadomił o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o zaniechaniu wystosowania zaproszenia do negocjacji do wykonawcy Agata Kozłowska Investment Suport, ul. Jagiellońska 6, 05-840 Brwinów.

24.09.2009 r. wykonawca Agata Kozłowska Investment Suport wniósł protest na:

- 1) wykluczenie protestującego z postępowania;
- 2) wezwanie protestującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie w zakresie, w którym nie wymagał on uzupełnienia, jak i zaniechanie wezwania do uzupełnienia wniosku w zakresie podlegającym uzupełnieniu;

- 3) zaniechanie wezwania protestującego do złożenia wyjaśnień złożonych we wniosku dokumentów oraz oświadczeń, jeżeli zamawiający miał wątpliwości, co do ich treści;
- 4) zaniechanie podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego wykluczenia protestującego z postępowania;
- 5) zaniechanie dokonania oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez protestującego, po jego uzupełnieniu.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez wykluczenie z postępowania protestującego pomimo, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz złożył oświadczenie o ich spełnieniu wraz z wymaganymi dokumentami;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż protestujący nie złożył w uzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy dokumenty te zostały złożone;
- 4) art. 57 ust. 2 Pzp przez uniemożliwienie protestującemu dalszego udziału w postępowaniu, pomimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 3 Pzp przez nie podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykluczenia protestującego z postępowania;
- 6) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w którym dokumenty te już zostały złożone, jak i przez zaniechanie w pozostałym zakresie, wymagającym uzupełnienia, wezwania do uzupełnienia treści wniosku protestującego oraz zaniechanie wyjaśnienia treści wniosku o dopuszczenie w trakcie dokonywania jego oceny.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z postępowania;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez protestującego.

Argumentacja protestującego

17 września 2009 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 3 Pzp. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję jedynie okolicznością nie złożenia przez protestującego na wezwanie do uzupełnienia „prawidłowych” dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt A I, sekcji III.2 ogłoszenia, dotyczącego posiadanego doświadczenia. W pozostałym zakresie treści wniosku oraz jego załączników zamawiający nie przedstawił swojej oceny.

W piśmie z 3 września 2009 r., przesłanym faksem, zamawiający wezwał protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez protestującego warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający określił następująco w ogłoszeniu powyższy warunek: „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia (...) – wykonali należycie co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, polegające na: doradztwie w procesie przygotowania przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego, dotyczącego realizacji budynków użyteczności publicznej, budynków mieszkalnych wielorodzinnych, 3 budynków zamieszkania zbiorowego budowli, w tym wykonali analizy formalno-prawne oraz ekonomiczno-finansowe związane z finansowaniem takiego przedsięwzięcia oraz uczestniczyli w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego, lub zarządzaniu albo nadzorze nad realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego, przy czym co najmniej jedna usługa powinna polegać na doradztwie w procesie przygotowania przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego, dotyczącego realizacji np. budynków użyteczności publicznej, budynków zamieszkania zbiorowego, budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budowli, obejmującą wykonanie analiz formalno-prawnych oraz ekonomiczno-finansowych, związanych z pozyskaniem finansowania dla wyżej opisanego przedsięwzięcia, jak również udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego.”.

Jednocześnie zamawiający wskazał w pkt C 5 w sekcji III.2 ogłoszenia, iż potwierdzeniem spełniania ww. warunku będą „Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie usług wymienionych w Wykazie usług”. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów jedynie w zakresie usług wskazanych w pozycji 2 dot. „Doradztwa przy projekcie pn. Budowa i eksploatacja Hali Sportowo-Widowiskowej oraz Stadionu w Łodzi”, wykonanej na rzecz Gminy Miasta Łódź oraz w pozycji 3 dot. „Doradztwa przy projekcie pn. Zaprojektowanie, budowa i zarządzanie kompleksem sportowo-rekreacyjnym wraz z parkiem wodnym w Szczecinie”, wykonanej na rzecz Gminy Miasta Szczecin. W odpowiedzi protestujący w wyznaczonym terminie złożył jako uzupełnienie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. usług tj. wydruki potwierdzenia przelewu otrzymanego, jako przelewu zewnętrznego przychodzącego:

- 1) poz. 2 – nadawca przelewu Urząd Miasta Łodzi:
 - a) zaksięgowanego 28.12.2007 r., z tytułu „usługi pomocnicze związane z realizacją inwestycji” oraz
 - b) zaksięgowanego dnia 15.04.2009 r., z tytułu „Projekt Hala Widowiskowa”;

- 2) poz. 3 – nadawca przelewu Gmina Miasto Szczecin: – zaksięgowanego 08.04.2009 r. z tytułu „Usługa doradcza”.

Protestujący złożył we wniosku o dopuszczenie „Wykaz usług doradczych” zamieszczając w nim informacje o aż 20 usługach doradczych odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Na potwierdzenie, iż usługi te zostały wykonane należycie protestujący załączył 20 dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie usług (referencje i protokoły zdawczo-odbiorcze albo protokoły odbioru), we wniosku (w tym również dotyczących poz. 2), zawierających szczegółowy opis zakresu świadczonych usług oraz określenie staranności ich wykonania lub wykonywania. W ww. wykazie protestujący zawarł dokładny opis (jak wymagał tego zamawiający) rodzaju dokonanych analiz, rodzaju procedury, rodzaju i przedmiotu przedsięwzięcia oraz rodzaju przygotowywanej przez wykonawcę dokumentacji postępowania. Wskazane przedsięwzięcia dotyczyły lub dotyczą m.in. przygotowania analiz ekonomicznych, prawnych oraz przygotowania dokumentacji w zakresie postępowań z udziałem partnerów prywatnych (zamówienia publiczne, partnerstwo publiczno-prywatne oraz koncesje na roboty budowlane), udzielanych w celu realizacji przedsięwzięć inwestycyjnych z zakresu gospodarki komunalnej tj. budynków użyteczności publicznej, takich jak stadiony miejskie, hale sportowo-widowiskowe, parki wodne, zespoły rekreacyjno-sportowe, pływalnie, kompleksy sportowe oraz parkingi podziemne, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Zatem uznać należy, iż protestujący spełnił w stopniu znacznie wykraczającym poza wymóg zamawiającego (minimum 2 usługi doradcze) warunek udziału w postępowaniu, potwierdzając w sposób niebudzący wątpliwości posiadane doświadczenie i wiedzę. Jednakże w otrzymanym 17 września 2009 r. piśmie przesłanym drogą faksową zamawiający stwierdził, nie podając ku temu żadnego uzasadnienia prawnego ani też faktycznego, iż protestujący nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu, argumentując swoją ocenę jedynie „nie złożeniem prawidłowych dokumentów” w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie „warunków” (jednego –posiadania doświadczenia pkt A I. sekcja III.2 ogłoszenia) udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający uznał, iż nie jest w stanie stwierdzić, na podstawie złożonych w uzupełnieniu dokumentów, czy usługa, o której mowa w pozycji nr 2 w pkt 7, 8 i 9 wykazu, została wykonana w sposób należyty. W zakresie natomiast pozycji nr 3, zamawiający uznał, iż nie może zidentyfikować, jakiej usługi dotyczy złożony dokument polecenia przelewu. Tymczasem powyższe twierdzenie jest całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym, gdyż w referencjach Gminy Miasta Łódź z 05.12.2007 r. in fine wskazano wyraźnie, iż usługa dotyczy przygotowania postępowania prowadzonego w trybie koncesji na roboty budowlane (specyfikacji oraz istotnych dla stron postanowień umowy), jak

uczestnictwa w negocjacjach z wykonawcami. Zgodnie natomiast z wymogiem ogłoszenia, znajdującym potwierdzenie w przepisach bezwzględnie obowiązujących, dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli dotyczą usług ciągłych lub okresowych, jak jest w ww. sytuacji, mogą zostać wystawione w trakcie ich wykonywania.

Zamawiający natomiast, próbując uzasadnić swoje stanowisko, odwołał się do orzecznictwa KIO dotyczącego nie uznawania faktur VAT za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Dokumenty takie nie były składane w toczącym się postępowaniu przez protestującego. Zamawiający nie oparł swojej oceny wniosku na żadnej wystarczającej argumentacji formalno-prawnej jak i merytorycznej, czym naruszył zarówno swój obowiązek wynikający z art. 24 ust. 3 Pzp, polegający na obowiązku podania uzasadnienia faktycznego oraz prawnego swojej decyzji. Zamawiający nie przytoczył w żadnym miejscu ww. oświadczenia wyników swojej analizy formalnej ani merytorycznej, złożonych przez protestującego oświadczeń wiedzy, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, jak i odnośnie treści i formy dokumentów, złożonych na potwierdzenie zgodności ze stanem faktycznym ww. oświadczenia.

Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów uznał, że protestujący nie spełnił warunków uprawniających go do wzięcia udziału w postępowaniu. Ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że warunki te nie zostały spełnione. Protestujący nie miał wiedzy, czym (jaką interpretacją) kierował się zamawiający, dokonując oceny spełniania ww. warunku. Zatem w ocenie protestującego treść pisma informującego o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie czyni zadość wynikającemu z art. 24 ust. 3 Pzp obowiązkowi wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Protestujący został tym samym pozbawiony prawa do rzetelnej informacji, w jakim zakresie złożone przez niego dokumenty lub oświadczenia nie zostały uznane przez zamawiającego za odpowiadające ustalonym wymaganiom. Informacja powyższa ma istotne znaczenie w kontekście korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w dalszej kolejności uniemożliwia ustosunkowanie się do nieznanego protestującemu stanowiska zamawiającego i obrony swoich interesów.

Dokonywana przez zamawiającego ocena wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinna dotyczyć całej treści wniosku, nie może być dokonywana wybiórczo i odnosić się jedynie do dokumentów lub oświadczeń złożonych jako uzupełnienie wniosku. Zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia całościowej oceny wniosku, czego zaniechał, jak wynika z przedstawionej argumentacji. Dowodzi tego brak uzasadnienia formalnego i faktycznego. Zamawiający naruszył tym również obowiązek dokonania oceny złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie, do czego zobowiązuje go w art. 57 ust. 1 Pzp.

Stanowisko zamawiającego polegające na uznaniu, iż z dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczeń i dokumentów nie wynika, iż protestujący nie spełnia wskazanego wyżej warunku udziału, należy uznać za nieuprawnione, gdyż w żaden sposób nie uzasadnione i nie znajdującego swojego oparcia w istniejącym stanie faktycznym.

Nadto, z ostrożności, protestujący wskazuje, że pismem z 3 września 2009 r., zamawiający zwrócił się również o uzupełnienie doświadczenia osoby z zespołu wskazanego do realizacji zamówienia (Pana Cezarego G.). W odpowiedzi protestujący przesłał dodatkowe informacje, jednak do chwili obecnej nie wie, czy zamawiający zaakceptował informacje uzupełniające, bowiem w żadnym z pism (w tym w piśmie z 17 września 2009 roku) zamawiający nie odniósł się do tej kwestii.

II. Zgodnie z treścią pkt C 5. w sekcji III.2 ogłoszenia, do „Wykazu usług...” należało dołączyć „Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie usług wymienionych w wykazie usług”. W § 1 ust. 2 pkt 2 in fine rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155 (dalej: „rozporządzenie”), sformułowano jedyny wymóg dotyczący dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ma to być „dokument potwierdzający, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie”, a w przypadku usług o charakterze okresowym lub ciągłym, iż są one wykonywane należycie. Biorąc zatem pod uwagę formalne podstawy oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, opierające się na badaniu i ocenie złożonych na potwierdzenie spełniania tego warunku dokumentów, wskazać należy, iż są one określone w przepisach bezwzględnie obowiązujących. Nie jest dopuszczalne żądanie jakiegokolwiek innego dokumentu, na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, niż przewiduje to wymienione rozporządzenie. Pogląd taki przyjmowany jest jednolicie, zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 15 września 2004 r. sygn. akt Ca 529/04). Naruszeniem podanych przepisów, jest również żądanie innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu (np. wyrok ZA z 17.03.2005 r. UZP/ZO/O – 451/05). Ponadto zauważyć należy, iż ustawodawca nie zawarł również żadnych ograniczeń ani co do formy ww. dokumentu, ani też odnośnie jego treści, wyłączając tym samym wprowadzanie takich ograniczeń przez inne podmioty, jak np. zamawiający. Przywołany przepis rozporządzenia, zgodnie z jego gramatyczną wykładnią nie wskazuje jednoznacznie, czy potwierdzenie wykonania lub wykonywania usługi z należyłą starannością odnosi się do jakiejś konkretnej treści ww. dokumentu. Uznać zatem należy, mając zwłaszcza na względzie równe traktowanie wykonawców, jak i uczciwą konkurencję na rynku, iż interpretacja ww. pojęcia „potwierdzenia” nie powinna być zawężająca, lecz winna ona dla zachowania przytoczonych

zasad, dopuszczać dokumenty, które potwierdzają ww. okoliczność faktyczną w dowolny sposób, bez wprowadzania żadnych w tym zakresie pozaustawowych ograniczeń, w tym, jak to wymagał zamawiający, w zakresie potwierdzenia wykonania części usługi (poz. 2 pkt 7-9). Podobne stanowisko od dłuższego czasu prezentuje również orzecznictwo KIO, uznając, iż jakikolwiek dokument potwierdzający, iż usługi zostały wykonane, spełnia wymóg zawarty w powołanym przepisie rozporządzenia. M.in. w wyroku z 18 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 191/08) sformułowano następujące tezy: „Sprzeczne z prawem jest narzucenie przez zamawiającego treści listów referencyjnych, jakie wykonawcy mają załączyć do oferty. (...) Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że dostawy te (lub usługi) zostały wykonane należycie. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. (...). Nie można żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy.”. Zatem dopuszczane są wszelkie dokumenty potwierdzające, w tym również złożone przez protestującego potwierdzenia przelewu otrzymanego.

Jeszcze dalej posunięto się w wyroku z 31 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 338/09) stwierdzając, iż: „Referencje nie muszą zawierać wprost sformułowania, iż dostawy zostały wykonane należycie.”. Podobnie w wyroku z 29 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 494/09). Po drugie stwierdzić należy, że treść dokumentu referencji załączonego do oferty wskazuje, że prace zostały wykonane, bez wyraźnego, czy też choćby pośrednio zgłoszonego zastrzeżenia, co do negatywnego wykonania tego zamówienia. Uwzględniając powyższe, skoro podmiot, na którego rzecz była wykonana praca, potwierdza, że faktycznie została wykonana, brak jest podstaw do uznania, że roboty zostały wykonane nienależycie.

Tymczasem zamawiający, pomimo iż w treści ogłoszenia zawarł on tożsamy z przytoczonym przepisem rozporządzenia wymóg odnośnie dokumentów potwierdzających warunek posiadania doświadczenia, to jednakże stosowana przez zamawiającego interpretacja tego przepisu jest znacznie zawężająca, a co za tym idzie prowadzi ona do naruszenia ww. normy, przez jej niedozwoloną modyfikację. Zamawiający nie może żądać, aby dokumenty potwierdzające posiadały jakąś konkretną treść, tj. zawierały dokładny opis wykonanych usług, jak i zawierały wyraźne sformułowanie, w jaki sposób usługi zostały lub są wykonywane. Dokumenty te nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z powoływanym rozporządzeniem fakt ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje (lub inne dokumenty) mają za zadanie potwierdzać jedynie wykonanie konkretnego zamówienia.

Zatem badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione. Zamawiający musi oprzeć się na oświadczeniu protestującego, jak i każdego wykonawcy, iż składane dokumenty dotyczą opisanych w wykazie usług.

Wszelkie niezbędne informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu powinny natomiast zostać zawarte w wykazie, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia. Wykaz jest formą oświadczenia wykonawcy, za które ponosi on określoną prawem odpowiedzialność w przypadku, gdy jest ono nieprawdziwe. Nie ma jakichkolwiek podstaw do żądania od wykonawców, aby przedstawiali referencje zawierające w swojej treści te same dane, które muszą być zamieszczone w wykazie dotychczas realizowanych usług. Protestujący podkreśla, że ww. kwestia już dawno została przesądzona w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, w pełni zachowującym swoją aktualność. Przykładowo, w wyroku Zespołu Arbitrów z 11 kwietnia 2005 r., (sygn. akt UZP/ZO/0-640/05), podkreślono, że „zgodnie z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 71 poz. 645) w sprawie rodzajów dokumentów..., zamawiający może żądać wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Tym samym w ocenie Zespołu Arbitrów takimi dokumentami mogą być zarówno listy referencyjne, protokół odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Nie można żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (§ 1 ust. 2 pkt 4 przytaczanego rozporządzenia).”.

Kolejnym wyrokiem potwierdzającym zasadność niniejszego twierdzenia jest wyrok Zespołu Arbitrów z 9 lutego 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). Podkreślono w nim, że „[...] przepisy nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencję i nie można z tego tytułu wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada na żądane do podania informacji. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzenia wykonania niczego więcej ponad potwierdzenie, że usługi te zostały wykonane należycie.”. Także wyrok Zespołu Arbitrów z 15 maja 2007 r., (sygn. akt UZP/ZO/0-554/07). Podkreślono w nim, że „Na podstawie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, (...) zamawiający może żądać wykazu wykonanych usług (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie.

Z treści przedmiotowego przepisu nie wynika, iż wykonawcy mają dołączyć referencje, ale jedynie dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi. Z treści przedmiotowych dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez zamawiającego. Ta linia orzecznicza jest kontynuowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Protestujący wskazuje na wyrok KIO z 17 stycznia 2008 r., (sygn. akt: KIO/UZP 58/07). W wyroku tym podkreślono, że „Izba zgadza się z argumentem przystępującego przedstawionym na rozprawie, że referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie ma potwierdzać należyte jego wykonanie. Ponadto protestujący wskazuje, że innym wyrokiem Krajowej Izby potwierdzającym słuszność niniejszego twierdzenia, jest wyrok KIO z 5 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 27/08). W wyroku tym zawarto następujące stwierdzenia: „Izba wskazuje, że przepisy prawa, w tym przepisy rozporządzenia nie statuują wymagań formalnych, jakie powinny spełniać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia (referencje), w szczególności nie wymagają wskazania wartości poszczególnych elementów wchodzących w skład dostaw. Identyczne tezy można też odnaleźć w innych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 281/08. Protestujący wskazuje zatem w świetle przedstawionej argumentacji, że Wykaz usług... zawiera usługi nie tylko potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ale jednocześnie te, które zostały wykonane należyście i w terminie. W świetle treści wykazu, referencje nie muszą potwierdzać i opisywać tych samych treści co wykaz, lecz powinny wskazywać, że usługi zostały wykonane należyście, zgodnie z umową lub równoważnie. W kolejnym natomiast wyroku KIO uznało, za wystarczająco potwierdzający spełnianie warunku doświadczenia dokument, z którego wynika, iż usługa została wykonana (sygn. akt KIO/UZP 1105/08 z 27 października 2008 r.).

Ani ustawodawca, ani zamawiający nie określili, że takim dokumentem mogą być wyłącznie referencje. Bezspornym jest w orzecznictwie i doktrynie, że może być to każdy dokument wystawiony przez bezpośredniego zleceniodawcę, który dotyczy oceny zgodności realizacji usługi z umową. Takimi dokumentami są protokoły odbioru, referencje, ale mogą być inne dokumenty np. polecenia przelewu, potwierdzające, iż usługę wykonano zgodnie z umową, co stanowi podstawę do wypłaty wynagrodzenia.

Taki dokument nie pochodzi od wykonawcy, ale od osoby trzeciej. Trudno wymagać od takiej osoby, żeby przewidziała wszystkie okoliczności, w jakich wykonawcy może przydać się ten dokument. Zatem wymóg zamawiającego podania w treści złożonych przez protestującego poleceń przelewu dokładnych danych dotyczących wykonanych usług, jest nieuprawniony. Potwierdzeniem natomiast należytego wykonania usługi jest samo w istocie potwierdzenie przez jej zleceniodawcę, iż została ona wykonana. Protestujący będący przedsiębiorcą na podstawie art. 355 § 1 i 2 Kc jest zawsze zobowiązany do wykonania

zobowiązania zgodnie z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach zarówno jednostronnie i dwustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że działalność ta ma charakter gospodarczy lub zawodowy, co oznacza m.in., że jest prowadzona stale i w założeniu przynajmniej oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie przez protestującego działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności, rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Takie zwiększone oczekiwania Kodeks cywilny stawia wobec przedsiębiorcy i jest to wzorzec surowszy niż odnoszący się do osób wykonujących podobne zobowiązania poza zakresem działalności zawodowej lub gospodarczej (E. Gniewek „Komentarz do kodeksu cywilnego”, wyd. C. H. Beck). Wykonawca, będący przedsiębiorcą, wykonujący umowę powinien wykonać ją zgodnie z należytą starannością, określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, tj. zgodnie z art. 355 § 1 i 2 Kc. Zatem uznać należy, iż dokument potwierdzający wykonanie umowy przez przedsiębiorcę, jak np. potwierdzenie przelewu otrzymanego (jako przelewu zewnętrznego przychodzącego), jest wystarczającym dokumentem, potwierdzającym, że umowa ta została wykonana oraz że wykonanie to było należyte.

Przeciwnie twierdzenia należałoby uznać za niezgodne z przytoczonymi zasadami wykonywania zobowiązań przez profesjonalistów. Ewentualne wątpliwości zamawiający zobowiązany był wyjaśniać w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

III. Zamawiający przed ostatecznym zakończeniem oceny złożonych wniosków i wykluczeniem wykonawców, zobligowany jest do uprzedniego wzywania wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie treści wniosków, wypełniając tym samym dyspozycję z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Powołane przepisy zawierają bezwarunkowy nakaz działania „wzywa”, nie pozostawiając w tym zakresie żadnej dowolności dla zamawiającego.

Tymczasem w toczącym się postępowaniu zamawiający zaniechał dokonania ww. obligatoryjnych czynności, naruszając tym samym powołane normy, gdyż dokonał wykluczenia protestującego z postępowania bez wezwania go do wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów dotyczących spełniania warunku doświadczenia, w zakresie pozostałych 18 pozycji z „Wykazu usług...” (poz. 1, 4-20).

W pozostałym zaś zakresie zamawiający naruszył ww. normę, gdyż wezwał do uzupełnienia dokumentów (poz. 2), które nie były niezbędne, gdyż na potwierdzenie wykonania usługi na rzecz Gminy Miasta Łodzi zostały już we wniosku złożone referencje. Ponadto zamawiający w sposób rażący naruszył zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zapewnienia równego dostępu do rynku dla wszystkich wykonawców

(art. 7 Pzp). Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia miała miejsce. Jeśli bowiem zamawiający miał wątpliwości dotyczące wskazanych przez protestującego informacji, to miał obowiązek wezwać protestującego do wyjaśnienia treści przedmiotowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis ten zawiera nakaz wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc także dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Analiza treści art. 26 ust. 3 i 4 Pzp potwierdza, iż oba ww. przepisy funkcjonują niezależnie od siebie i oba nakładają na zamawiającego obowiązek określonego działania. W treści ww. przepisów ustawodawca użył sformułowania „zamawiający wzywa”. W przypadku wyjaśniania treści dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia ich treści. Wszelkie natomiast wątpliwości zamawiającego, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez protestującego można usunąć w trybie art. 26 ust. 4 Pzp lub w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli takie braki nie mają miejsca (poz. 2) zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający powinien wypełnić swoje wskazane powyżej obowiązki i wezwać protestującego, dokonując ponownej oceny wniosków, do wyjaśnienia także w ww. zakresie, jeżeli powziął takie wątpliwości.

IV. W zakresie natomiast sformułowania samego warunku udziału w postępowaniu tj. posiadania doświadczenia, był niejednoznaczny, budząc uzasadnione wątpliwości wykonawców, którzy na etapie przed składaniem wniosków o dopuszczenie zadawali zamawiającemu wiele wniosków o wyjaśnienie w tym zakresie treści ogłoszenia. Jednakże zamawiający w piśmie z 28 lipca 2009 r. na postawione pytania udzielał odpowiedzi niejednoznacznych lub w ogóle takiej odpowiedzi nie (pytanie nr 2, 4, 5, 7), używając w odpowiedzi na kolejne pytania protestującego, dotyczące rodzaju i formy wymaganych dokumentów wymijającego określenia: „Przed otwarciem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający nie może oceniać spełniania warunków udziału w postępowaniu, do czego zmierza zadane pytanie.”. Zatem, uznając argumentację zamawiającego, postawiony warunek należało interpretować w sposób szeroki, tak aby jego interpretacja nie naruszała zasady uczciwej konkurencji, a w przypadku powstania

wątpliwości interpretować je na korzyść wykonawców, aby nie naruszyć zasady równego ich traktowania w postępowaniu przez przyjmowanie interpretacji jedynie niektórych wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 3 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 86/09, KIO/UZP 87/09) „...analizując treść powyższego warunku należy się przede wszystkim odnieść do zasad prawidłowego określenia warunku udziału w postępowaniu – przede wszystkim powinien on być jak najbardziej jasny, precyzyjny, kompletny i jednoznaczny, co służy zrozumieniu i wypełnieniu przez wykonawców wymogów zamawiającego, zamawiającemu – ich prostej i rzetelnej ocenie. Jako że to zamawiający jest autorem warunku i to na nim spoczywa wypełnienie postulatów jasności warunku, w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjęto zasadę, iż przy odczytywaniu treści warunku nie stosuje się domniemania dotyczącego nie wyrażonych w nim zamiarów czy intencji zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść wykonawców”.

Zamawiający powinien sprecyzować warunki udziału na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania wniosku, a następnie oferty mógł zweryfikować, czy spełnia te warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Zatem zdaniem protestującego nie może on ponosić negatywnych konsekwencji braku doprecyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania, prowadzącej do naruszenia fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców. W świetle powyższego, protestujący nie znajduje podstaw do stwierdzenia przez zamawiającego, iż protestujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli natomiast zamawiający takie podstawy zauważył winien je w zrozumiałym i wyczerpującym sposób przytoczyć, w przeciwnym razie jego działanie nie będzie zachowywać przymiotu legalnego.

30.09.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Ad zarzutu 1 dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – „przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania Wykonawców”:

Próbę uargumentowania ww. zarzutu, sformułowaną częściowo w tonie przypuszczającym można znaleźć na stronie str. 12 i 13 protestu. Trudno jednak uznać, że w istocie protestujący wykazał istnienie przesłanek pozwalających sformułować zarzut rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zarzut

nie zapewnienia równego dostępu do rynku wszystkich wykonawców, do czego jest zobowiązany jeśli z czynności tej chce wywodzić dla siebie korzystnie skutki prawne. Nie jest dla zamawiającego jasne na jakiej podstawie sformułowano przedmiotowy zarzut. Brak bowiem jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że zamawiający dokonał innych czynności „dotyczących obu uczestników postępowania”. Protestujący nie wskazał nawet którego z konkurencyjnych uczestników postępowania potencjalnie ma na myśli.

W tej sytuacji zamawiający nie może bardziej szczegółowo polemizować z zarzutem i uznaje go za bezzasadny.

Ad zarzutu 2 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – „przez wykluczenie z postępowania protestującego pomimo, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz złożył oświadczenie o ich spełnianiu” oraz

ad zarzutu 4 dotyczącego naruszenia art. 57 ust. 2 Pzp – „przez uniemożliwienie protestującemu dalszego udziału w postępowaniu pomimo, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu”:

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione uprzednio w informacji o wykluczeniu protestującego z postępowania. Złożone przez protestującego dokumenty tj. dokumenty załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w rozpoznawanym postępowaniu wraz z ich wyjaśnieniami i uzupełnieniami, z pewnością nie potwierdziły iż wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji zamawiający, po zbadaniu dokumentów i wyczerpaniu trybu ich uzupełniania, zobligowany był do wykluczenia protestującego z postępowania. Dodać należy, że zamawiający oceniając wnioski przeanalizował – w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu – całość złożonych w sprawie dokumentów w tym wykaz i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Jest to działanie rutynowe, wzmocnione ponadto orzecznictwem KIO, zgodnie z którym zamawiający na podstawie informacji zawartych w referencjach ma możliwość weryfikowania treści innych dokumentów lub oświadczeń złożonych przez wykonawcę (por. wyrok KIO z 19 czerwca 2009 r. KIO/UZP 722/09).

Zamawiający nie może zatem zgodzić się z ww. zarzutami.

Ad zarzutu 3 dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – „przez uznanie, iż protestujący nie złożył w uzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdy dokumenty zostały złożone”:

Zamawiający wezwał protestującego, pismem z 4 września 2009 r., do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Protestujący takie wyjaśnienia i uzupełnienia złożył pismem z 9

września 2009 r. Jednakże złożone dokumenty w swej treści nie potwierdziły, iż protestujący spełnia wszystkie wskazane w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli protestujący – w swoim subiektywnym odczuciu – uważał, że opis warunków udziału w postępowaniu zawarty w ogłoszeniu albo wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostały sformułowane nieprecyzyjnie, niewątpliwie mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści, a nawet wnieść protest dotyczący określonej czynności, w terminie określonym ustawą (por. wyrok KIO/UZP 591/09). Na tym etapie postępowania zarzut ten, we wskazanym zakresie należy uznać za spóźniony. Protestujący przedstawił szereg wyroków usiłując wykazać, w jego ocenie, nieprawidłowe działania zamawiającego. Zamawiający nie negując tez przedstawionych w cytowanych wyrokach zwraca uwagę, że wrywanie fragmentów zdań z ich kontekstu oraz wybiórcze stosowanie cytatów nie mogą być przekonujące. Np. wyrok KIO/UZP 338/09 z 31 marca 2009 r.

W ocenie zamawiającego dokumenty przedstawione przez protestującego nie potwierdzają, że prace zostały wykonane należycie. Można z ich treści jedynie domniemywać, że zostały wykonane w pewnym zakresie. Brak już jednak pewności, że np. nie doszło do potrącenia kar umownych.

Zamawiający uznaje zatem i ten zarzut za nietrafny.

Ad zarzutu 5 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp – „przez nie podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykluczenia protestującego z postępowania”

Opisany na str. 5 protestu zarzut braku podania przez zamawiającego uzasadnienia prawnego i faktycznego musi budzić zdziwienie. Można odnieść wrażenie, że protestujący zarzuca zamawiającemu, iż przekazując informacje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 57 ust. 1 Pzp, nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego nie spełniania przez protestującego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem art. 24 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu zawiadomienie wykonawcy o jego wykluczeniu oraz przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

Biorąc pod uwagę treść pisma z 17 września 2009 r., twierdzenie zawarte w zarzucie należy uznać za nieprawdziwe. Zgodnie bowiem z dyspozycją ustawy, zamawiający przedstawił kolejno zarówno uzasadnienie prawne jak i faktyczne anonsując je wyraźnym nagłówkiem. Ważnym jest zatem przypomnieć brzmienie spornej informacji, które było następujące: „(...) Wykonawca, który złożył wniosek nr 3 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu.

- Uzasadnienie prawne: art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 1 pkt 10 Pzp;
- Uzasadnienie faktyczne: zamawiający opisał w ogłoszeniu warunek posiadania doświadczenia w pkt A I. sekcji III.2 ogłoszenia, wskazując wymóg dla wykonawców: „...“

wykonał należycie co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia”. Wykonawca natomiast, w złożonym wraz z wnioskiem „Wykazie usług”, przedstawił tylko jedną taką usługę, dla której załączył dokument potwierdzający jej należyte wykonanie (poz. 10 „Wykazu usług”) Dla usługi wpisanej w poz. 2 „Wykazu usług” nie załączył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi w części opisującej tę usługę w pkt 7, 8, 9. Złożone, w ramach uzupełnienia wniosku, kopie przelewów w swej treści nie potwierdzają należytego wykonania wskazanej usługi.”.

W tym samym piśmie zamawiający podał także wyniki oceny wniosków, załączając do przedmiotowego pisma tabelę pn. „Wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców”.

Zamawiający zbadał i ocenił wszystkie wnioski złożone w postępowaniu wg tych samych zasad. Brak rezultatu oceny wniosku protestującego (tj. brak liczby przyznanych punktów) w zestawieniu zawartym w załączonej do pisma tabeli wynika z faktu nie spełniania przez protestującego warunków udziału w niniejszym postępowaniu, co zostało wyraźnie podane w zestawieniu wniosków. Podkreślić należy, że ustawa mówi wyraźnie o ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zaś o dokonywaniu oceny nie spełniania, gdyż ta jest prawnie irrelevantna. Zarzut należy zatem uznać za nieuzasadniony.

Ad zarzutu 6 dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – „przez wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w którym dokumenty zostały już złożone, jak i również przez zaniechanie w pozostałym zakresie, wymagającym uzupełnienia, wezwania do uzupełnienia wniosku protestującego oraz zaniechanie wyjaśnienia treści wniosku o dopuszczenie w trakcie dokonywania jego oceny”:

Na str. 12 protestu opisany został kolejny zarzut zmierzający do wykazania, iż zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonych wniosków. Zarzut ten budzi zdziwienie gdyż, pismem z 4 września 2009 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał protestującego zarówno do złożenia wyjaśnień jak i do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wyczerpał dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie protestujący, w przesłanych w 9 września 2009 r. wyjaśnieniach, na ich drugiej stronie odniósł się do „projektu z miasta Łodzi” – należy przypuszczać, że do usługi wskazanej w pozycji 2 w załączonym do wniosku wykazie usług – pisząc: „Podkreślamy, że w przypadku projektu z Miasta Łodzi mamy do czynienia z dwiema odrębnymi umowami, z których jedna dotyczy przygotowania analiz prawno-organizacyjnych i finansowych oraz przygotowania procedury wyboru koncesjonariusza w trybie koncesji na roboty budowlane (tego dotyczą referencje i dodatkowo przesyłamy potwierdzenie przelewu zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace), a druga dotyczyła –

analiz (analizy były wykonywane równolegle dla Hali oraz Stadionu) oraz przygotowania procedury na wybór wspólnika do spółki, która miałaby zarządzać Stadionem i Halą (z załączeniu potwierdzenia przelewu wynagrodzenia za wykonanie prac). To były dwie oddzielne usługi i procedury.”. Taka informacja wykonawcy istotnie różniła się od informacji podanej w wykazie usług dołączonym do wniosku, gdzie w poz. 2 wykazu wskazana została przez protestującego jedna usługa dla Miasta Łodzi, dotycząca jednego przedsięwzięcia. Tymczasem jak wynikało z wyjaśnień protestującego, faktycznie były to dwie usługi wykonane na podstawie dwóch odrębnych umów – jednej zakończonej w 2007 roku (co wynika z daty przelewu 27.12.2007 r.), a drugiej w kwietniu 2009 r. (co wynika z daty przelewu 15.04.2009 r.). W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że żadna ze wskazanych usług nie może być traktowana jako „wykonywana”, gdyż obie zakończyły się przed wszczęciem rozpoznawanego postępowania. Zgodnie bowiem z literalną wykładnią oraz orzecznictwem KIO prace wykonywane to prace realizowane w trakcie „czynnej umowy” (por. wyroku KIO 1034/08 z 10 września 2008 r.). W sytuacji faktycznej sprecyzowanej przez wykonawcę w wyjaśnieniach miał on obowiązek – chcąc wywodzić korzystne dla siebie skutki uzupełnienia – załączyć dokument potwierdzający należyte wykonanie „nowej” usługi. Tymczasem dokument referencyjny (str. 30 wniosku) Urzędu Miasta Łodzi z 5 grudnia 2007 r. w zakresie wykonania usługi doradczej dotyczącej przygotowania dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego:

- 1) potwierdza uczestniczenie w procedurze, ale zawiera jednocześnie sformułowanie w brzmieniu: „W ramach obecnie prowadzonego postępowania na udzielenie koncesji na roboty budowlane, Investment Support i Pani Agata Kozłowska przygotowuje Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia oraz istotne postanowienia umowy, a także założenia do negocjacji z wykonawcami.”;
- 2) nie potwierdza czy usługa ta wykonana została należyte (a nawet czy została zakończona); wiedzy tej nie daje także, złożona w ramach uzupełnienia dokumentów złożonych z wnioskiem, kopia przelewu z 28 grudnia 2007 r. z wpisanym tytułem operacji – usł. pomocnicze zw. z realizacją inwestycji” – na kwotę 153.729,00 zł, z rachunku Urzędu Miasta Łodzi na rachunek Investment Support Doradztwo Gospodarcze Agata Kozłowska.

W świetle powyższego zarzut przedstawiony na str. 12 protestu, iż zamawiający naruszył normę, bo wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi z „(poz. 2), które nie były niezbędne, gdyż na potwierdzenie wykonania usługi na rzecz Gminy Miasta Łodzi zostały już we wniosku złożone referencje” – należy uznać za chybiony.

Przedstawiony przez protestującego obszerny wywód, że istniejąca w prawie zasada – nakazująca wykonywanie zobowiązań z należyłą starannością i przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności – sama w sobie gwarantuje należyte wykonanie usług

należy uznać, że odwołujący się nawiązał do idealistycznego założenia. Postulat ten można traktować wyłącznie w kategoriach życzeniowych, zwłaszcza w świetle informacji o praktycznym funkcjonowaniu rynku, także rynku usług doradczych. Ponadto sformułowane przez protestującego domniemanie należytego wykonania usług przez przedsiębiorców nie wynika z obowiązujących przepisów. Sam fakt wykonania usługi nie zawsze musi się wiązać z jej należytych wykonaniem o czym m.in. świadczy szeroko stosowana instytucja kar umownych za nienależyte wykonanie zobowiązań np. za opóźnienia w ich wykonaniu. Tak więc polecenie przelewu nie może zostać uznane za dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy, jeżeli nie zawiera w swej treści sformułowania, które jednoznacznie to potwierdza.

Zamawiający zgadza się z postulatem protestującego, że wybór właściwego dokumentu składanego na potwierdzenie należytego wykonania usługi należy do kompetencji wykonawcy. Ponadto przypomina, iż to właśnie na prośbę protestującego przedstawił wyraźne stanowisko w tej kwestii w ramach wyjaśnień treści ogłoszenia (28 lipca 2009 r.). Stwierdził bowiem co następuje: „Zamawiający uzna za prawidłowy dokument, z którego treści będzie wynikało należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie.”. Sformułowanie takie należy uznać za precyzyjne i zgodne z przepisami, a ponadto nie ograniczające katalogu dokumentów i nie przesądzające wyniku badania dokumentów bez zapoznania się z ich treścią oraz przed terminem w którym taka czynność zgodnie z ustawą jest przewidziana.

Zamawiający był konsekwentny w stosowaniu przepisów co potwierdził uznając inny dokument protestującego za prawidłowy. Dotyczy to „Protokołu Zdawczo-Odbiorczego” (str. 42 wniosku) – odpowiadającego usłudze z poz. 10 wykazu – który zawierał w swej treści sformułowanie „że dzieło zostało wykonane zgodnie z zawartą umową”. Ten sposób postępowania jest w swej istocie zgodny z linią orzecznictwa, którą reprezentuje m.in. wyrok KIO z 9 września 2008 r., w którym stwierdzono: „Referencje powinny zatem w sposób wystarczający identyfikować wykonane zamówienie, wykonawcę, który je realizował oraz stwierdzać, czy zostało ono wykonane zgodnie z umową.”.

Protestujący przedstawił we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 20 usług, które jak twierdził swoim zakresem odpowiadały zakresowi usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Analiza i ocena przedstawionych usług oraz dokumentów stwierdzających ich wykonanie nie potwierdziła jednak tego faktu. Jedynie usługa zawarta w poz. 10 (Budowa Hali Sportowo-Widowiskowej Kraków-Czyżyny) w pełni pokrywała się z zakresem wyspecyfikowanej usługi. Pozostałe usługi, oprócz poz. 2, nie obejmowały elementu uczestnictwa w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego lub zarządzania albo nadzoru nad realizacją

przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego.

Zamawiający pragnie również zwrócić uwagę na tezy wyroku KIO/UZP 940/08 z 19 września 2008 r. dotyczące interpretacji przesłanek stosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazano w nim m.in., iż brak podstaw prawnych do przyjęcia za dopuszczalną w świetle powołanego artykułu możliwości wielokrotnego korzystania z dobrodziejstwa przepisu względem tego samego dokumentu. Jeżeli wykonawca raz wezwany do uzupełnienia konkretnego dokumentu składa ponownie dokument nie potwierdzający spełniania warunku, zamawiający nie ma prawa ponownie żądać jego uzupełnienia.

Zamawiający słusznie odwołał się do orzecznictwa KIO dotyczącego nieuznawania faktur za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, bowiem zgodnie z przyjętą linią orzecniczą choć katalog dokumentów w tym zakresie jest otwarty, to muszą one zawierać w swej treści sformułowania wskazujące na fakt, że usługi wykonane zostały należycie, czego złożone w postępowaniu faktury niewątpliwie nie zawierały. (KIO/UZP 703/09; KIO/UZP 709/09 „Wybór dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac należy do wykonawcy; istotne jest to, aby dokument ten potwierdzał okoliczność należytego wykonania prac wymienionych w wykazie robót przez wykonawców.”).

Zamawiający zdecydowanie nie może podzielić stanowiska protestującego sugerującego, iż słowo „należycie” nie jest istotne dla wykazania, że mamy do czynienia z dokumentem, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Skoro ustawodawca posłużył się sformułowaniem „potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie”, zakładając prawidłowe stosowanie wykładni przepisów nie można odmówić znaczenia prawnego żadnemu ze składających się na wyrażenie słów. W szczególności niedopuszczalne jest pozbawianie znaczenia słów, które są kluczowe i niosą w sobie najistotniejszą część przekazu.

W tym kontekście zamawiający nie może uznać żadnego z zarzutów protestującego oraz uwzględnić żadnego z podnoszonych przez niego żądań.

05.10.2009 r. wykonawca Agata Kozłowska Investment Suport złożył odwołanie:

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący wniósł o uznanie protestu i odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;

- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowisko stron zaprezentowane podczas rozprawy oraz dowód złożony przez odwołującego – dwie umowy, raport z wykonanych czynności i aneks do umowy – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut pierwszy, naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców ze względu na niewłaściwe sformułowanie warunków udziału w postępowaniu zamieszczonych w ogłoszeniu.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się niewłaściwego sformułowania warunków udziału w postępowaniu zamieszczonych w ogłoszeniu. Jeżeli jednak odwołujący miał zastrzeżenia do ich treści miał prawo, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wnieść protest w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, gdyż wartość rozpoznawanego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24.07.2009 r., a więc zarzut odnoszący się do ogłoszenia mógł być postawiony w proteście do 31.07.2009 r., tymczasem rozpoznawany protest został wniesiony po upływie znacz nie dłuższego czasu – 24.09.2009 r. Dlatego nie może być rozpoznawany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że zamawiający w różny sposób w stosunku do różnych wykonawców dokonywał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc nie można stwierdzić naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut drugi, naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez wykluczenie z

postępowania odwołującego mimo, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz złożył oświadczenie o spełnianiu warunków wraz z wymaganymi dokumentami.

Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w sekcji III.2 ogłoszenia. W sekcji III.2 lit. A ust. I ogłoszenia zamawiający zawarł postanowienie, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy cyt.: „wykonali należycie co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, polegające na doradztwie w procesie przygotowania przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego, dotyczącego realizacji budynków użyteczności publicznej, budynków mieszkalnych wielorodzinnych, [...], w tym wykonali analizy formalno-prawne oraz ekonomiczno-finansowe związane z finansowaniem takiego przedsięwzięcia oraz uczestniczyli w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego, lub zarządzaniu albo nadzorze nad realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego, dotyczącego realizacji np. budynków użyteczności publicznej [...] obejmującą wykonanie analiz formalno-prawnych oraz ekonomiczno-finansowych, związanych z pozyskaniem finansowania dla wyżej opisanego przedsięwzięcia, jak również udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego.”.

Odwołujący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako załącznik nr 3, wykaz „Usług doradczych...” obejmujący 20 pozycji.

03.09.2009 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów wskazując podstawę prawną do uzupełnienia dokumentów, cyt.: „W imieniu Gminy Miejskiej Kraków, [...], na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...], wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w złożonym przez Państwa wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający stwierdził, iż:

1) w Wykazie usług – na str. 7 wniosku – Wykonawca wskazał usługi doradcze, z opisu których nie wynika, iż Wykonawca przy realizacji większości usług (za wyjątkiem wskazanych w poz. 2 i 10) brał udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego z potwierdzeniem należytego wykonania usługi. Jedynie usługa z poz. 10 wykazu spełnia warunek. Natomiast dla usługi wpisanej w poz. 2 – nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie części tej usługi opisanej w pkt 7, 8, 9 wykonanej po dniu wystawienia załączonej referencji.”.

Zamawiający wskazał na konieczność uzupełnienia dokumentów w tylko pozycji 2 spośród wykazanych 20 pozycji, a uznał, że poz. 10 spełnia postawiony warunek. Zamawiający dał wykonawcom (w tym także odwołującemu) na to termin 7 dni.

Odwołujący wniósł faksem odpowiednie dokumenty ósmego i jedenastego dnia, co również nie zostało zaprzeczone przez odwołującego podczas rozprawy. Ponadto

odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o przedłużenie terminu wniesienia uzupełnień ponad siedmiodniowy termin pierwotnie ustanowiony przez zamawiającego. Również odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o wyjaśnienie motywów zażądania uzupełnienia dokumentów we wskazanej konkretnej pozycji i zaniechania zażądania takiego uzupełnienia w pozostałych pozycjach lub nie uznania 19 wykazanych usług za spełniające warunek zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że termin 7 dni na dokonanie uzupełnień oferty nie jest terminem zbyt krótkim, gdyż w praktyce takie terminy występują niezwykle rzadko, a zwykle zamykają się w dwóch, trzech dniach, chociaż zdarzają się również krótsze terminy. Wykonawcy wiedzą o konieczności zgromadzenia odpowiednich dokumentów od momentu zamieszczenia ogłoszenia w odpowiednim organie promulgacyjnym (Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej). Termin ten nie jest przeznaczony na uzyskiwanie nowych dokumentów, ale na uzupełnienie oferty o dokumenty, które wykonawca powinien mieć starając się o wzięcie udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, a tylko ze względu na jakiegokolwiek przyczyny nie dołączył ich do oferty w pierwotnym terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy spełnić żądanie zamawiającego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Przesunięcie tego terminu, po jego upływie w stosunku do jednego z kilku wykonawców spotkałoby się z zarzutem nierównego traktowania wykonawców i naruszenia fundamentalnej zasady unormowanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga fakt, że przed upływem terminu na uzupełnienie dokumentów, odwołujący nie wykazał się żadną inicjatywą, aby wyjaśnić swoją sytuację i nie zakwalifikowanie 19 pozycji, jako spełniających warunek zamawiającego lub spowodować przesunięcie terminu na złożenie uzupełnionych dokumentów. Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego odnośnie nie zakwalifikowania 19 pozycji, odwołujący miał możliwość nawet złożenia protestu, ale musiał to uczynić w terminie 7 dni od momentu dowiedzenia się o decyzji zamawiającego. Odwołujący uzyskał taką wiadomość 03.09.2009 r., natomiast złożył protest na wykluczenie go z postępowania 24.09.2009 r.

Skład orzekający Izby również stwierdza, że same referencje w zaprezentowanej formie wraz z wykazem usług, a nawet wraz z dokumentami finansowymi nie dawały podstaw do stwierdzenia, że zleceniodawcy potwierdzają, że wykazane usługi zostały wykonane należycie i nie zostały nałożone na ich wykonawcę jakieś potrącenia. Dopiero takie stanowisko można było zająć po zapoznaniu się z umowami, które były podstawą wykonania usług i dokonania zapłat za wykonanie usług. Jednak odwołujący złożył te umowy (i inne dokumenty) dopiero na rozprawie.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może się ostać, a wprost przeciwnie zamawiający mając wątpliwości do jakichkolwiek dokumentów złożonych przez wykonawców miał obowiązek wyjaśnić te kwestie lub zażądać złożenia właściwych dokumentów, wskazując podstawę prawną i merytoryczną takiego żądania. I tak uczynił zamawiający.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut trzeci, naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż protestujący nie złożył w uzupełnieniu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy dokumenty te zostały złożone.

03.09.2009 r. zamawiający wezwał protestującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył w terminie takie wyjaśnienia i uzupełnienia. Jednakże złożone dokumenty w swej treści nie potwierdziły, iż odwołujący spełnia wszystkie wskazane w ogłoszeniu warunki udziału w postępowaniu, co zostało omówione wyżej.

Skład orzekający Izby uważa, że odwołujący w razie wątpliwości dotyczących tego wezwania do uzupełnienia oferty mógł we właściwym terminie podjąć próbę wyjaśnienia swojej sytuacji lub złożyć protest, ale musiał to uczynić w terminie 7 dni od uzyskania wiadomości o czynności zamawiającego, czyli od 03.09.2009 r.; termin ten upłynął 10.09.2009 r., zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp.

Odwołujący powołał się na fragmenty wielu wyroków jednak przywołane wyroki odnoszą się do innych stanów faktycznych lub analiza całej treści wyroku nie może stanowić argumentu za zasadnością postawionych zarzutów.

Wobec wyżej przedstawionych argumentów skład orzekający Izby nie może uznać trzeciego zarzutu odwołującego za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się czwarty zarzut, naruszenia art. 57 ust. 2 Pzp przez uniemożliwienie protestującemu dalszego udziału w postępowaniu, pomimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, na podstawie wyżej omówionych argumentów, że ze względu na brak możliwości uznania przez zamawiającego, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu na podstawie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, załączonych do wniosku dokumentów i uzupełnień wniosku do 10.09.2009 r., czyli do upływu terminu wyznaczonego przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów zawartych we wniosku – zamawiający był zobligowany uznać, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym zamawiający nie miał prawa zaprosić odwołującego do składania oferty wstępnej i do udziału w dalszym postępowaniu. Wynika to z art. 57 ust. 2

Pzp, którego zamawiający nie naruszył, a zastosował się do niego. Na podstawie art. 57 ust. 3 zd. 2 Pzp wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia i tak jest traktowany odwołujący.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się piąty zarzut, naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp przez nie podanie uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykluczenia protestującego z postępowania.

W piśmie z 17.09.2009 r. zamawiający zawarł uzasadnienie prawne jak i faktyczne wykluczenia odwołującego. Kwestionowana przez odwołującego informacja brzmiała, cyt.: >>[...] Wykonawca, który złożył wniosek nr 3 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu.

– Uzasadnienie prawne: art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 1 pkt 10 Pzp;

– Uzasadnienie faktyczne: zamawiający opisał w ogłoszeniu warunek posiadania doświadczenia w pkt A I. sekcji III.2 ogłoszenia, wskazując wymóg dla wykonawców: „... wykonał należycie co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia”. Wykonawca natomiast, w złożonym wraz z wnioskiem „Wykazie usług”, przedstawił tylko jedną taką usługę, dla której załączył dokument potwierdzający jej należyte wykonanie (poz. 10 „Wykazu usług”) Dla usługi wpisanej w poz. 2 „Wykazu usług” nie załączył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi w części opisującej tę usługę w pkt 7, 8, 9. Złożone, w ramach uzupełnienia wniosku, kopie przelewów w swej treści nie potwierdzają należytego wykonania wskazanej usługi.<<.

Skład orzekający Izby zauważa, że ustawa stanowi o ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zaś o dokonywaniu oceny nie spełniania, gdyż taka ocena byłaby obojętna dla postępowania.

W związku z powyższymi konstatacjami, skład orzekający Izby nie znajduje uzasadnienia dla zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 3 Pzp, który nakazuje zamawiającemu zawiadomienie wykluczonego wykonawcy o wykluczeniu oraz przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się ostatni szósty zarzut, naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w którym dokumenty te już zostały złożone, jak i przez zaniechanie w pozostałym zakresie, wymagającym uzupełnienia, wezwania do uzupełnienia treści wniosku odwołującego oraz zaniechanie wyjaśnienia treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający, pismem z 03.09.2009 r., na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający wyczerpał dyspozycję przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący odniósł się do projektu z Łodzi. Zamawiający uznał, że dotyczyło to usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu usług, gdyż odwołujący stwierdził, cyt.: „Podkreślamy, że w przypadku projektu z Miasta Łodzi mamy do czynienia z dwiema odrębnymi umowami, z których jedna dotyczy przygotowania analiz prawno-organizacyjnych i finansowych oraz przygotowania procedury wyboru koncesjonariusza w trybie koncesji na roboty budowlane (tego dotyczą referencje i dodatkowo przesyłamy potwierdzenie przelewu zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace), a druga dotyczyła – analiz (analizy były wykonywane równoległe dla Hali oraz Stadionu) oraz przygotowania procedury na wybór współnika do spółki, która miałaby zarządzać Stadionem i Halą (z załączeniu potwierdzenia przelewu wynagrodzenia za wykonanie prac). To były dwie oddzielne usługi i procedury.”.

Tak informacja odwołującego różniła się od informacji podanej w wykazie usług dołączonym do wniosku, gdzie w poz. 2 wykazu wskazana została przez odwołującego jedna usługa dla Łodzi, dotycząca jednego przedsięwzięcia. Natomiast faktycznie były to dwie usługi wykonane na podstawie dwóch odrębnych umów – jednej zakończonej w 2007 r. (co wynika z daty przelewu 27.12.2007 r.), a drugiej zakończonej w kwietniu 2009 r. (co wynika z daty przelewu 15.04.2009 r.). Żadna z tych usług nie może być traktowana jako „wykonywana”, gdyż obie zakończyły się przed wszczęciem rozpoznawanego postępowania. Usługi wykonywane to usługi realizowane w trakcie „czynnej umowy” (podobnie wyrok KIO 1034/08 z 10 września 2008 r.). W tak doprecyzowanej sytuacji faktycznej, odwołujący miał obowiązek – chcąc wywodzić korzystne dla siebie skutki uzupełnienia – załączyć dokument potwierdzający należyte wykonanie „nowej” usługi. Jednak referencje (str. 30 wniosku) Urzędu Miasta Łodzi z 5 grudnia 2007 r. w zakresie wykonania usługi doradczej dotyczącej przygotowania dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego:

- 1) potwierdza uczestniczenie w procedurze, ale zawiera jednocześnie sformułowanie w brzmieniu, cyt.: „W ramach obecnie prowadzonego postępowania na udzielenie koncesji na roboty budowlane, Investment Support i Pani Agata Kozłowska przygotowuje Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia oraz istotne postanowienia umowy, a także założenia do negocjacji z wykonawcami.”;
- 2) nie potwierdza czy usługa ta wykonana została należycie (a nawet czy została zakończona); potwierdzenia tego nie daje również, złożona w ramach uzupełnienia, kopia przelewu z 28.12.2007 r.

W związku z tym zarzut, bezprawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi z pozycji 2, które nie były niezbędne do

potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż na potwierdzenie wykonania tej usługi zostały już we wniosku złożone referencje – skład orzekający Izby traktuje jako bezzasadny.

Sformułowane przez odwołującego domniemanie należytego wykonania usług przez przedsiębiorców nie wynika z obowiązujących przepisów. Sam fakt wykonania usługi nie zawsze musi się wiązać z jej należytych wykonaniem, o czym chociażby świadczy instytucja kar umownych za nienależyte wykonanie zobowiązań. Dlatego polecenie przelewu nie może zostać uznane za dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy, jeżeli nie zawiera w swej treści sformułowania, które jednoznacznie to potwierdza.

Zamawiający na prośbę odwołującego – 28.07.2009 r. stwierdził, cyt.: „Zamawiający uzna za prawidłowy dokument, z którego treści będzie wynikało należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie.”. Sformułowanie takie jest zgodne z przepisami, a ponadto nie ogranicza katalogu dokumentów, które mogli składać wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 20 usług, które jego zdaniem odpowiadały zakresowi usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Analiza i ocena przedstawionych usług oraz dokumentów stwierdzających ich wykonanie nie mogła potwierdzić tego faktu. Jedynie usługa zawarta w poz. 10 (Budowa Hali Sportowo-Widowiskowej Kraków-Czyżyny) w pełni pokrywała się z zakresem wyspecyfikowanej usługi. Pozostałe usługi, oprócz poz. 2, nie obejmowały elementu uczestnictwa w przygotowaniu dokumentacji postępowania mającego na celu wyłonienie partnera prywatnego lub zarządzania albo nadzoru nad realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego z zakresu gospodarki komunalnej z udziałem podmiotu prywatnego.

Wobec powyższego również zarzut szósty nie może zostać podzielony przez skład orzekający Izby, a co za tym idzie żaden z zarzutów nie został uznany przez skład orzekający Izby.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić