

**WYROK**  
**z dnia 31 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 stycznia 2011 r. przez **Mariusza Załuckiego, Kancelaria Prawna Mariusz Załucki, 35-307 Rzeszów, ul. Armii Krajowej 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, 35-010 Rzeszów, Al. Łukasza Cieplińskiego 4,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Magdalena Janda, Kancelaria Radcy Prawnego, 35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 27, Maria Siuda, Kancelaria Radcy Prawnego Maria Siuda, 35-604 Rzeszów, ul. Kaczeńcowa 28, Wiesława Sawczak, Kancelaria Radcy Prawnego - Wiesława Sawczak, 35-232 Rzeszów, ul. Cytrynowa 15, Wiesław Durda, Kancelaria Radcy Prawnego, 38-460 Jedlicze, ul. Konarskiego 10,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Mariusza Załuckiego, Kancelaria Prawna Mariusz Załucki, 35-307 Rzeszów, ul. Armii Krajowej 7 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania uiszczony przez **Mariusza Załuckiego, Kancelaria Prawna Mariusz Załucki, 35-307 Rzeszów, ul. Armii Krajowej 7** w kwocie **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** ( trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mariusza Załuckiego, Kancelaria Prawna Mariusz Załucki, 35-307 Rzeszów, ul. Armii Krajowej 7** na rzecz **Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, 35-010**

**Rzeszów, ul. Łukasza Cieplińskiego 4**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, 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 Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Odwołujący - Mariusz Załucki, Kancelaria Prawna Mariusz Załucki z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego - Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonym, na usługi, których przedmiotem jest prowadzenie kompleksowej obsługi prawnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2010r., nr 371243-2010.

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej w dalszej treści ustawą Pzp, czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz dokonaniu wyboru oferty złożonej przez konsorcjum radców prawnych Magdalenę Janda i innych, jako oferty najkorzystniejszej, o czym odwołujący został zawiadomiony pismem z dnia 14 stycznia 2011 r.

Odwołujący zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie wymienionych niżej przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 przez ich błędną interpretację i wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wzywając do uzupełnienia ofert jedynie niektórych z nich pomimo, iż wybrana oferta nie spełniała wymogów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Magdalena Janda, Kancelaria Radcy Prawnego w Rzeszowie, (lider konsorcjum);
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności, w razie wniesienia przez zamawiającego wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o utrzymanie w mocy zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie ich od zamawiającego według norm przepisanych prawem.

I.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że złożył w wyznaczonym terminie w siedzibie zamawiającego ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz). Na

wezwanie zamawiającego z dnia 5 stycznia 2011 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 10 stycznia 2011 r., tj. w wyznaczonym przez zamawiającego terminie oraz dodatkowo pismem z dnia 13 stycznia 2011 r., przed dokonaniem rozstrzygnięcia postępowania.

Pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia stosownych wyjaśnień, w dniu 14 stycznia 2011r. zamawiający zawiadomił o dokonaniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący uznał, że zamawiający błędnie zinterpretował i zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dokonując czynności wykluczenia z postępowania i podając, iż z załączonego wykazu usług nie wynika jednoznacznie spełnianie przez odwołującego warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2. lit. c siwz (str. 4). Zdaniem odwołującego, zamawiającemu chodziło o niejednoznaczne spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług obejmujących doradztwo prawne dotyczące przygotowania i przeprowadzenia co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, każdego z zamówień o wartości kwalifikowanej do tzw. postępowań unijnych. Odwołujący w złożonej w dniu 31.12.2010 r. ofercie, w formularzu załącznika nr 4, zgodnie z wymaganiami siwz, wskazał postępowania unijne, w których świadczył doradztwo prawne. Nadto, w rekomendacji wystawionej przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki w Krośnie (str. 29-100 oferty), wskazał inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których świadczył doradztwo prawne, gdzie zostały zawarte m.in. wymagane w siwz trzy postępowania kwalifikowane do postępowań unijnych.

Jako dowód wskazał rekomendację Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego w Krośnie złożoną wraz z ofertą.

Zamawiający powziął wątpliwość co do jednej z usług w zakresie wartości zamówienia i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Odwołujący ponownie wypełnił formularz według załącznika nr 4 do siwz, w którym wskazał wartość kwestionowanego postępowania oraz dołączył dokument wystawiony przez zamawiającego prowadzącego wskazane postępowania, z którego wynikało, że postępowanie kwalifikuje się w zakresie równowartości do progu powyżej 193.000 euro. Jednocześnie w dniu 13 stycznia 2011 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia połączone z ponownym uzupełnieniem formularza według załącznika nr 4, w którym z uwagi na dodatkowe wątpliwości zamawiającego, dodał jeszcze jedną pozycję potwierdzającą spełnianie wymogu dotyczącego doświadczenia w zakresie usług obejmujących doradztwo prawne w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego kwalifikowanych do postępowań unijnych. Rekomendacja tego postępowania została złożona wraz z ofertą.

Pomimo dokonania powyższych czynności, zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia wskazanego w siwz warunku. W ocenie odwołującego, zamawiający nie odniósł się do dokumentów zawartych w dokumentacji przetargowej, z których wynika m.in., że Kancelaria

Prawna Mariusz Załucki świadczyła na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego w Krośnie usługi obejmujące doradztwo prawne dotyczące przygotowania i przeprowadzenia co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi o wartości każdego z zamówień kwalifikowanej do postępowań unijnych.

Odwołujący uznał, że zamawiający powinien w tym zakresie dokonać kompleksowej oceny ofert, wobec faktu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, które wynikało z dokumentów przedłożonych w dniu 31.12.2010 r. wraz z ofertą, jak również uzupełnionych przed czynnością zamawiającego polegającą na wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie odniósł się do dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w dniu 13.01.2011 r., podczas gdy jego zdaniem powinien to uczynić, choćby przez wskazanie, że także z tych dokumentów, w ocenie zamawiającego, nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 578/10 podając, iż jedynie złożenie wyjaśnień w stopniu nieprzekonującym skutkuje tym, że zamawiający ocenia złożone do oferty dokumenty i oświadczenia zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego i w konsekwencji uznania, że dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, uprawniony jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Odwołującego złożone z ofertą dokumenty i oświadczenia potwierdzają jednoznacznie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w dniach 10 stycznia 2011 r. i 13 stycznia 2011 r. (aczkolwiek to drugie po terminie wyznaczonym przez zamawiającego - z przyczyn, które przedstawił w uzasadnieniu), wykazał zatem, że posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt 7.1.2. lit. c siwz.

Uznał więc, że brak było podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

Odnośnie wyjaśnień złożonych w dniu 13 stycznia 2011 r. odwołujący wskazał dodatkowo, iż złożył je wobec konieczności uzupełnienia wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2011 r., z uwagi na zbyt krótki termin wyznaczony na udzielenie stosownych wyjaśnień i przedłożenie stosownych dokumentów, mając na uwadze, iż dzień 6 stycznia był dniem ustawowo wolnym od pracy, dzień 8 stycznia przypadał w sobotę, a dzień 9 stycznia w niedzielę, co stanowiło tzw. „długi weekend”.

Wykonawcy pozostawiono jedynie dni – 7 i 10 stycznia do godz. 12:00 na przygotowanie stosownych zaświadczeń i sporządzenie wyjaśnień. W ocenie Odwołującego, termin był niewystarczający dla sporządzenia kompleksowej dokumentacji dotyczącej obszernego postępowania i precyzyjnych, zadowalających zamawiającego wyjaśnień z tym związanych, a z pewnością do ich starannego przygotowania, był więc nierealny, nie pozwalający wykonawcy na uzupełnienie dokumentów z zachowaniem należytej staranności, a więc miał na celu uniemożliwienie odwołującemu złożenia stosownych wyjaśnień – powołał się na wyrok KIO z dnia 30 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 901/09 i KIO/UZP 905/09.

Odwołujący również podniósł, iż zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na opinii prawnej radcy

prawnego Grzegorza P. z dnia 13.01.2011 r., załączonej do dokumentacji przetargowej, która jest wadliwa i nie dokonuje w sposób należyty oceny złożonej oferty wraz z wyjaśnieniami, zawiera jedynie lakoniczne stwierdzenie, iż oferta wykonawcy nie spełnia warunku zawartego w siwz, bez szczegółowego wskazania przyczyn negatywnej oceny. Uznał, że opiniujący nie przeanalizował kompleksowo oferty i nie odniósł się do innych postępowań, które wykonawca wskazywał jako spełniające wymagania siwz.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie oferty. Podał, iż w zakresie wątpliwości, jakie zamawiający powziął na etapie badania ofert, powinien tak długo prowadzić postępowanie wyjaśniające dotyczące treści złożonych dokumentów, bądź też oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aż byłby w stanie bez żadnych wątpliwości stwierdzić i prawidłowo ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, wskazał wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 813/09.

Stwierdził, że zamawiający uchybił takiemu obowiązkowi pomimo złożenia kompletnego wyjaśnienia, rzetelnie wykazującego spełnianie warunków udziału w postępowaniu i, że zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO, obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nie może być interpretowany w sposób rozszerzający, tj. że zamawiający de facto przekłada na wykonawcę obowiązek przedłożenia dodatkowych dokumentów, które w sposób wyraźny, werbalnie wyrażony potwierdzałyby, że dana dostawa o określonym przedmiocie, wartości, zakresie i czasie realizacji, została należycie wykonana - wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/1131/10.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że wezwanie zamawiającego z dnia 5 stycznia 2011 r., do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza z § 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 (Dz. U. Nr 87, poz. 605), (rozporządzenie uchylone).

Stwierdził, że przepisy prawa nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencje. Nie można zatem wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji danej pracy posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada wymogom zamawiającego.

Zamawiający nie może zatem 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 jednak 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 (wyrok ZA z dnia 24 stycznia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-62/07).

Uznał, że skoro zamawiający, już na etapie wezwania do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wymagał przedłożenia dokumentów (referencji) wskazujących, iż udzielone zamówienia przekraczały kwotę 193.000 euro, żądając poświadczenia podmiotu na którego rzecz wykonywana była usługa, to wykluczenie wykonawcy jest wadliwe i narusza dodatkowo § 1 ust. 2 pkt 2 w/w rozporządzenia.

II.

Nadto odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu przez wezwanie do uzupełnienia ofert jedynie niektórych wykonawców pomimo, iż wybrana oferta nie spełniała wymogów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności, zamawiający nie dokonał wezwania wybranego wykonawcy (konsorcjum Magdalena Janda Kancelaria Radcy Prawnego w Rzeszowie i inni) do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty pomimo, iż zawierała braki m.in. brak umowy konsorcjum podmiotu uczestniczącego w postępowaniu, brak złożonych dokumentów potwierdzających wykonywanie zawodu stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu (zawód adwokata lub radcy prawnego), niespełnienie wymogów formalnych oferty obejmujących m.in. czytelność złożonych paraf na ofercie, czy podanie innych danych wymaganych w siwz do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stwierdził, że nierówne traktowanie wykonawców polegało na wezwaniu odwołującego do złożenia dokumentów, z których wynikałyby kwoty dotychczas realizowanych zamówień i jednocześnie zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do złożenia stosownych dokumentów w sytuacji, gdy oferta wybranego wykonawcy nie zawierała tych kwot (str. 3 oferty wybranego wykonawcy). Uznał postępowanie zamawiającego za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i mające istotny wpływ na czynności, a w konsekwencji na wybór najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy, których ofertę wybrano jako najkorzystniejszą – konsorcjum:

Magdalena Janda, Kancelaria Radcy Prawnego w Rzeszowie,

Maria Siuda, Kancelaria Radcy Prawnego Maria Siuda w Rzeszowie,

Wiesława Sawczak, Kancelaria Radcy Prawnego - Wiesława Sawczak w Rzeszowie,

Wiesław Durda, Kancelaria Radcy Prawnego, Jedlicze,

uznając za zgodne z prawem czynności dokonane przez zamawiającego w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazali, iż posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż oferta przystępujących uznana została za najkorzystniejszą i oddalenie odwołania umożliwi zawarcie umowy, na mocy której przystępujący uzyskają przedmiotowe zamówienie publiczne.

## **KIO ustaliła, co następuje.**

Zamawiający opisał w siwz sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia m.in. przez wykazanie, że wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonali (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują) usługi przygotowania i przeprowadzenia co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówień publicznych na dostawy lub usługi o wartości każdego z zamówień kwalifikowanej do tzw. postępowań unijnych (pkt 7.1. 2. lit. c - wymóg, którego ocena stanowiła podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania). Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu miał być wykaz wykonanych zamówień z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wg załącznika nr 4 do siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący wykazał w ofercie w zakresie postępowań unijnych trzy postępowania, podając wartość pierwszego zamówienia 1.799.123,69 zł brutto, drugiego 1.250.000 zł brutto, nie podał wartości trzeciego zamówienia pod nazwą - Opracowanie i przeprowadzenie procedury o udzielenie zamówienia publicznego dla Nadzoru Inwestorskiego dla inwestycji pn. „Budowa drogi dojazdowej do przejścia granicznego oraz przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 866 Dachnów - Lubaczów - Krowica Hołodowska - Granica Państwa na odcinku Lubaczów – Budomierz” w ramach osi priorytetowej II Infrastruktura techniczna, działanie 2.1 Infrastruktura komunikacyjna schemat A - Drogi wojewódzkie Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013.

Pismem z dnia 5 stycznia 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt 7.1.2. lit. c siwz), z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wg załącznika nr 4 wraz z potwierdzeniem należytego wykonania usług. W dalszej części pisma podał, że jedna z trzech wskazanych w wykazie usług (trzecia w kolejności usługa nie zawierająca wartości), budzi wątpliwość czy ze względu na jej charakter – usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego – wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 193.000 euro. Zamawiający wyznaczył termin do złożenia dokumentów – do 10 stycznia 2011 r. do godz.12:00, informując jednocześnie, że nie złożenie dokumentów skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący złożył w terminie wyznaczonym przez zamawiającego obszerne wyjaśnienia pismem z dnia 10 stycznia 2011 r., w których podał, że kwestionowana usługa nadzoru inwestorskiego obejmuje kwotę wyższą niż równowartość 193.000 euro, co dokumentuje zaświadczenie uzyskane od zamawiającego (Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie), załącznik nr 1 do pisma. W zaświadczeniu podano, iż z aktu umowy na nadzór inwestorski (Inżynier Kontraktu) wynika wartość umowy 896.700 zł brutto, co stanowi wartość przekraczającą 193 000 euro.

Odwołujący załączył również załącznik nr 4, w którym w stosunku do pierwotnej wersji złożonej wraz z ofertą, dodał w zakresie kwestionowanej usługi wartość 896.700,00 zł brutto.

W następnym piśmie oznaczonym również datą 10 stycznia 2011 r., złożonym zamawiającemu w dniu 13 stycznia 2011 r. (po upływie terminu wyznaczonego na dzień 10 stycznia 2011 r.), uzupełniając swoje stanowisko w związku z wezwaniem z dnia 5 stycznia 2011 r., odwołujący podał, że przedłożył w ofercie dokumenty potwierdzające posiadanie doświadczenia w świadczeniu usług doradztwa prawnego, związane m.in. z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi o wartości kwalifikowanej do tzw. postępowań unijnych, a dotyczące obsługi prawnej projektu dla Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie - zgodnie z przedłożonym dokumentem, z którego wynikają szczegóły prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne pn. Wykonanie czynności polegających na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego nad realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego: „Zaprojektowanie (etap I, II, III) zgodnie z zakresem określonym w programie funkcjonalno-użytkowym i Budowa Bloku Operacyjnego z Oddziałem Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Centralną Sterylizacją (etap I zgodnie z zakresem określonym w programie funkcjonalno-użytkowym w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy i koncepcję projektowo-przestrzenną”. Podał, że przy realizacji usługi brały udział osoby: adw. Mariusz Z., adw. Magdalena S., adw. Paweł B.

Załączył do pisma protokół postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, kserokopię listu polecającego Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie, wykaz postępowań tego szpitala objętych pomocą prawną odwołującego oraz załącznik nr 4, w którym w stosunku do treści złożonej wraz z ofertą i uzupełnionej w dniu 10 stycznia 2011r. o wartość brutto 3. usługi, dodał usługę dotyczącą przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie czynności polegających na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego wskazaną wyżej, oznaczając ją w wykazie nr 4.

Wskazał wartość usługi 1.200,000,00 zł brutto, dodając, iż kwota ta wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w postępowaniu - oznaczenie sprawy NZ/215/13/2010.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznając, że nie wykazał w wyznaczonym terminie, iż spełniania warunki posiadania wiedzy i doświadczenia wraz z ich potwierdzeniem w sposób określony w pkt 7.1. 2. lit. c siwz, gdyż wartość kwestionowanej usługi (trzeciej w kolejności w wykazie) nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 193.000 euro (kwota 896.700,00 zł brutto). Jednocześnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania.

## **KIO zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc odwołanie. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących na tym etapie w postępowaniu, gdyż trzeci wykonawca został skutecznie wykluczony, a złożona oferta odrzucona. Gdyby odwołanie zostało uwzględnione oferta odwołującego podlegałaby badaniu i ocenie merytorycznej.

Odwołanie dotyczy wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 ustawy Pzp, stąd rozpoznanie odwołania ograniczone zostało do zarzutów dotyczących wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp).

Odwołanie nie może być uwzględnione z następujących powodów.

Zgodnie z przepisami art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w tym przepisie. Zamawiający zobowiązany jest do opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w siwz (art. 41 pkt 7 i art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zamawiający opisał w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia sposób oceny spełniania warunku, m.in. przez żądanie załączenia wykazu usług wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z należytą starannością (załącznik nr 4 do siwz). W części wykazu usług obejmujących doradztwo prawne dotyczące przygotowania i przeprowadzenia co najmniej trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi o wartości każdego z zamówień kwalifikowanej do tzw. postępowań unijnych, odwołujący podał trzy usługi, z których dwie nie budziły wątpliwości zamawiającego, natomiast trzecia, ze względu na charakter – nadzór inwestorski dla inwestycji, gdzie wykonawstwo stanowiło odrębne postępowanie, wymagała wyjaśnienia czy rzeczywiście jest to usługa, której wartość jest równa lub przekracza wyrażoną złotych równowartość kwoty 193.000 euro (usługi dla jednostek samorządu terytorialnego).

Wyszczególniona w wykazie trzecia usługa, w przeciwieństwie do dwóch poprzednich usług, w których odwołujący podał wartości w złotych brutto, nie wskazywała żadnej wartości (zamawiający nie żądał podania wartości). Mając uzasadnione wątpliwości ze względu na przedmiot zamówienia, zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykazania spełnienia tego wymogu przez wskazanie usługi o wartości unijnej. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył obszerne dowody w postaci oświadczenia i dokumentów, z których jednak nie wynikała wartość zamówienia o wartości unijnej (jako wartość zamówienia zostało podane wynagrodzenie należne wykonawcy usługi, ustalone w zawartej umowie w kwocie 896.700,00 zł brutto). Jak ustalono na rozprawie, załączone do wyjaśnień odwołującego zaświadczenie Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie na rzecz, którego

wykonywany był nadzór, poddane w wątpliwość przez pełnomocnika przystępującego ze względu na brak daty i znaku pisma, potwierdzające, iż wartość umowy na nadzór inwestorski wynosi 896.700,00 zł brutto i przekracza wartość „progu unijnego” 193 000 euro, zostało pisemnie sprostowane przez wystawcę tego dokumentu (pismo adresowane do odwołującego zostało udostępnione przez przystępującego na rozprawie). Pismo stanowi zawiadomienie, że informacja zawarta w zaświadczeniu o przekroczeniu wartości „progu unijnego” 193 000 euro, jest błędna. Zamawiający przedstawił na rozprawie dowody (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w BZP oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia) wskazujące jednoznacznie wartość zamówienia niższą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty 193 000 euro.

Wyjaśnienia i dowody złożone w dniu 13 stycznia 2011 r., nie mogły stanowić potwierdzenia spełnienia kwestionowanego warunku ze względu na złożenie ich po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, ponadto są niespójne co do wartości zamówienia i nie zawierały potwierdzenia należytego wykonania usługi (z załączonego do pisma protokołu postępowania DRUK ZP-1, prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie wynika, że wartość zamówienia ustalona została na kwotę 1 200 000 zł, co stanowi równowartość 312 581,40 zł. Do pisma załączono również sporządzony przez szpital wykaz postępowań o zamówienia publiczne w zakresie których odwołujący świadczył pomoc prawną na rzecz szpitala. W wykazie odnośnie wskazanej usługi została podana kwota 899 140,00 zł brutto oraz wskazano daty – ogłoszenia w dniu 23.07.2010 r., umowa z dnia 12.08.2010 r., co stanowiło potwierdzenie, jak zauważył przystępujący, że w tak krótkim czasie możliwe było przeprowadzenie postępowania wyłącznie o wartości niższej niż wartość unijna. Załączony wykaz nie zawiera daty jego sporządzenia, podobnie jak list polecający szpitala, z którego wynika wyłącznie ogólna rekomendacja odwołującego z tytułu prawnego wspierania szpitala w zakresie m.in. zamówień publicznych. Treść listu nie mogła stanowić potwierdzenia należytego wykonania usługi).

W ocenie KIO, z akt sprawy, załączonych dowodów i wyjaśnień stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wynika, że odwołujący nie potwierdził we właściwym czasie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób opisany w pkt 7.1.2. lit. c siwz. Zatem, czynność zamawiającego podjęta po wyczerpaniu trybu określonego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może być uznana za czynność sprzeczną z przepisami ustawy.

Zarzuty dotyczące zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podnoszone na etapie odwołania z tytułu wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z pojawiającą się interpretacją, mogą być uznawane za spóźnione. Jednakże wiążą się one z czynnością wykluczenia, jako następczą czynnością zamawiającego. Zatem, w toku dokonywania oceny wykluczenia wykonawcy z postępowania nie można całkowicie pominąć tej kwestii.

Zdaniem KIO, zarzut wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień jest niezasadny. Nie można uznać, że termin był nierealny i dyskryminujący. W wyznaczonym terminie odwołujący

był zobowiązany do wskazania jednej wykonanej bądź wykonywanej usługi o wartości unijnej, obsługiwanej pod względem prawnym.

Odwołujący nie wykazał nierównego traktowania wykonawców.

Brak jest podstaw do zarzucenia zamawiającemu naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp - art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3.

W związku z powyższym, KIO na mocy art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:**

.....