

Sygn. akt: KIO 2253/15

WYROK
z dnia 28 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 października 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 października 2015 r.** przez wykonawcę **Media Sp. z o.o., ul. Piotrowicka 61, 40-723 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej w Warszawie, ul. Ostroroga 35, 01-163 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Procertiv Sp. z o.o., ul. Astrów 10, 40-045 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Media Sp. z o.o., ul. Piotrowicka 61, 40-723 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Media Sp. z o.o., ul. Piotrowicka 61, 40-723 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa zestawów stacjonarnych, mobilnych, duplikatora do informatyki śledczej oraz urządzeń do akwizycji i analizy danych z urządzeń mobilnych dla Żandarmerii Wojskowej” dla zadania 1 i 2 - o numerze RZP/31/PN/S/2015, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 159 - 292036 z 19.08.2015 r., przez Skarb Państwa - Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej w Warszawie, ul. Ostroroga 35, 01-163 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 06.10.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty dla zadania 2: Procertiv Sp. z o.o., ul. Astrów 10, 40-045 Katowice zwana dalej: „Procertiv Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” oraz unieważnieniu postępowania dla zadania 1. Drugą pozycję w rankingu uzyskała oferta Media Sp. z o.o., ul. Piotrowicka 61, 40-723 Katowice zwanej dalej: „Media Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 16.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Media Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 06.10.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Na:

1. Zaniechanie wezwania Procertiv Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odnośnie złożonego wykazu dostaw oraz listu referencyjnego;

2. Zaniechanie wezwania Procertiv Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

3. Zaniechanie wykluczenia Procertiv Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp

4. Wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zarzucił naruszenie:

1) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty, które miały na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w postaci wykazu dostaw oraz listu referencyjnego z 03.09.2015 r. w sytuacji gdy z dokumentów tych

nie wynika, aby Procertiv Sp. z o.o. spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określone w Rozdz. V pkt 1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. do złożenia oświadczeni i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości 400 000 zł (dla zadania nr 2).

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ z dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. nie wynika jednoznacznie jakoby wykonawca wykonał dostawy o wartości 400 000 zł (dla zadania nr 2).

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż Wykonawca biorący udział w postępowaniu nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Wnosił o:

1) Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Procertiv Sp. z o.o. dla zadania nr 2.

2) Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na ponownym badaniu i ocenie ofert.

3) Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp Procertiv Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do oświadczenia i dokumentu załączonego do oferty w postaci wykazu dostaw (którego wzór stanowił załącznik nr 7 do SIWZ) oraz listu referencyjnego z 03.09.2015 r., który stanowi poświadczenie będące dowodem ze dostawy zostały wykonane należycie.

4) Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Procertiv Sp. z o.o. do złożenia dokumentów w celu oceny spełniania warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, poprzez uzupełnienie dokumentów wskazanych w Rozdz. VI pkt 2.1.1. SIWZ, tj. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanej dostawy, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego dla zadania nr 2, które obejmowało 7 kompletów duplikatora informatyki śledczej oraz 7 kompletów urządzeń do

akwizycji i analizy danych urządzeń mobilnych, zostały złożone dwie oferty. Jedną z ofert była oferta Odwołującego, natomiast druga została złożona przez Procertiv Sp. z o.o. Zamawiający w Rozdz. V pkt 1.2. SIWZ wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenie, które Zamawiający uzna za spełnione, jeśli wykonawca wykaże posiadanie doświadczenia w realizacji minimum jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Wartość każdej dostawy dla zadania nr 2 winna być nie mniejsza niż 400 000 zł. W celu oceny spełniania tego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanej dostawy, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (Rozdz. VI pkt 2.1.1. SIWZ). Ponadto w Rozdz. VI pkt 2.1.1. SIWZ Zamawiający wyraźnie podkreślił, że *„za dostawy tego samego rodzaju Zamawiający uzna dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia lub inne oznaczone kodami CPV wymienionymi w Rozdziale III pkt 2”*, natomiast w Rozdz. III pkt 2 SIWZ wyraźnie wskazano kod CPV 30210000-4, czyli maszyny do przetwarzania danych (sprzęt). Do oferty Procertiv Sp. z o.o. został załączony wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem nr 7 SIWZ. W poz. 1 tabeli Procertiv Sp. z o.o. wskazała wykonanie dostawy sprzętu informatyki śledczej wraz ze szkoleniem w tym zakresie o wartości 450 000 zł netto na rzecz Centrum Ochrony Własności Intelektualnej sp. z o.o. Na dowód należytego wykonania dostawy załączono list referencyjny z 03.09.2015 r. W liście tym, opatrzonym podpisem prezesa zarządu Centrum Ochrony Własności Intelektualnej sp. z o.o. poświadczono, że Procertiv Sp. z o.o. *„utworzyła stanowiska informatyki śledczej oraz przeszkoliła osoby do obsługi tych stanowisk na poziomie eksperckim. Wartość kontraktu wynosi ponad 450 tysięcy złotych netto”*. Zauważył, iż ani z przedstawionego wykazu dostaw, ani z listu referencyjnego nie wynika jaką wartość stanowiła sama dostawa sprzętu odpowiadającego przedmiotowi zamówienia. Zarówno w wykazie, jak i poświadczeniu jest mowa o wykonaniu dostawy i szkolenia, jednak nie wskazano jaką część wartości kontraktu wynosi dostawa. Można przy tym mieć uzasadnione wątpliwości co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Procertiv Sp. z o.o., ponieważ z SIWZ wynika bezsprzecznie, że Zamawiający wymagał wykazania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości co najmniej 400 000 zł. W ocenie Odwołującego dokumenty przedłożone przez Procertiv Sp. z o.o. w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, który winien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać Procertiv Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa

w Rozdz. VI pkt 2.1.1 SIWZ poprzez przedłożenie wykazu dostaw oraz dowodu należytego wykonania, tak aby zostały wykazane warunki określone w Rozdz. V pkt 1.2. SIWZ. Zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do Procertiv Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w celu wyjaśnienia jaką wartość obejmuje sama wskazana dostawa (bez szkolenia). Wskazał, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający winien mieć absolutną pewność co do wykazania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli z oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty *"zawierające błąd"* i mimo że nie ma wątpliwości co do ich treści, zamawiający powinien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i brak podstaw do wykluczenia z postępowania są obligatoryjne w każdej sytuacji, w której wykonawcy: nie złożyli wymaganych dokumentów, złożone dokumenty zawierają błędy, dokumenty złożone nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie zaświadczenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający jest zwolniony z wezwania do uzupełnienia tych dokumentów tylko w przypadkach przewidzianych w art. 26 ust. 3 Pzp. Bez wątplenia dokumenty przedłożone przez Procertiv Sp. z o.o. nie wykazują wprost spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż jak wskazano powyżej wykonawca ten nie wykazała wykonania dostawy o wartości nie mniejszej niż 400 000 zł, a powołała się na umowę o wartości ponad 450 000 zł netto, która jednakże obejmowała swoim przedmiotem także szkolenie pracowników. Podkreślił, że w liście referencyjnym wyraźnie wskazano, że firma Procertiv Sp. z o.o. *"utworzyła stanowiska informatyki śledczej"*. Wyjaśnienia wymaga fakt, że *"stanowisko"* obejmuje nie tylko wyposażenie w sprzęt, ale także oprogramowanie, którego cena w wielu przypadkach przekracza wartość sprzętu. Wskazując w referencji wartość kontraktu nie wyszczególniono, jaką część obejmuje oprogramowanie, które jak podkreślono niejednokrotnie przewyższa cenę sprzętu, ani jaką część tej kwoty stanowiło wynagrodzenie za przeszkolenie pracowników. Tym samym, na podstawie wykazu dostaw i referencji załączonych do oferty, nie sposób jest ustalić jaką część tego kontraktu obejmowała dostawę sprzętu odpowiadającego rodzajem przedmiotowi zamówienia, a pamiętać należy, że Zamawiający wyraźnie wymagał przedstawienia doświadczenia w dostawie *"maszyn do przetwarzania danych (sprzęt)"* (Rozdz. VI pkt 2.1.1. i Rozdz. III pkt 2 SIWZ). Zaznaczył, że także ze z listu ani wykazu nie wynika ilość dostarczonego sprzętu, ani liczba przeszkolonych osób. Podkreślił, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp jest obowiązkiem

zamawiającego, jeżeli treść tych dokumentów budzi jego zastrzeżenia, a brak jest podstaw do jednoznacznego i bezspornego uznania, że dokumenty te potwierdzają spełnianie wymagań sformułowanych w specyfikacji. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp stosuje się niezależnie od przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku, gdy Zamawiający wzywa najpierw do wyjaśnienia treści dokumentów, będzie zobowiązany wezwać do uzupełnienia tych dokumentów, które w świetle udzielonych wyjaśnień nie potwierdziły spełnienia obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagań. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stosuje się w takiej sytuacji bezwarunkowo. Dziwi zatem zaniechanie Zamawiającego, który ani nie wezwał Procertiv Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści dokumentów, ani do ich uzupełnienia, w momencie, gdy na pierwszy rzut oka można stwierdzić, że przedstawione przez Procertiv Sp. z o.o. dokumenty w postaci wykazu dostaw i listu referencyjnego dotyczą „dostawy wraz ze szkoleniem” oraz „utworzenia stanowiska” (które z definicji obejmuje nie tylko sprzęt, ale też drogie oprogramowanie), a jednocześnie nie wyszczególniono wartości samej dostawy sprzętu. Zamawiający w trakcie prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien podejmować czynności mające na celu wyjaśnienie wątpliwości, co do oferty i składających się na nią dokumentów. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 596/11: *„zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego badania i oceny ofert; bez względu na pozycję, którą dana oferta zajmuje w rankingu ofert. Sprzeczność wewnętrzna treści oferty nie może być interpretowana przez zamawiającego bez wyjaśnienia tej sprzeczności przez wykonawcę”*. **Zaniechanie Zamawiającego, do którego doszło w niniejszym postępowaniu doprowadziło w efekcie do dalszych naruszeń przepisów ustawy, w tym do wyboru oferty która powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na wykluczenie wykonawcy. Podkreślił, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez KIO w wyroku z 22.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1044/10: „za niedopuszczalne należałoby zatem uznać takie działanie zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę - zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę, celem wykazania że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców”**.

Jak słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp usuwanie braków wątpliwości po stronie Zamawiającego jest czynnością dokonywaną faktycznie przez wykonawców, a nie przez Zamawiającego. Fakt, iż Zamawiający jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powoduje jedynie, iż inicjuje on praktyczne zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp Zamawiający, korzystając tym samym z własnej wiedzy i doświadczenia, stwierdza istnienie braków

i wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty i wzywa do ich usunięcia wykonawcę. Powyższe oznacza, że to tak naprawdę od samego wykonawcy zależy, czyjego wyjaśnienia (art. 26 ust. 4 Pzp) lub uzupełnienia (art. 26 ust. 3 Pzp) spowodują uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co jest oczywiście kluczowe dla samego zamawiającego w toku dalej podejmowanych przez niego czynności z daną ofertą. Warto raz jeszcze wskazać, iż tryb wyjaśniania dokumentów, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 4 Pzp, odnosi się do usuwania wątpliwości zabawiającego, jakie pojawiają się w toku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiotowy tryb postępowania z dokumentami, które budzą wątpliwości zamawiającego, jest trybem o charakterze obligatoryjnym. Wszczęcie działania w postaci wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 26 ust. 4 Pzp winno zostać podjęte z urzędu, a nie na ewentualny wniosek innych wykonawców. Potwierdza to stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 595/11, którym wskazano, iż: „*przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia.*”.

Zamawiający w dniu 16.10.2015 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Procertiv Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Zauważył, iż w Rozdz. V SIWZ Zamawiającego, tj. Warunki udziału z postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków, Zamawiający określił, co następuje: Warunki Podmiotowe: „ (...) *o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:*
1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania-Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie.
1.2 posiadanie wiedzy i doświadczenia - Zamawiający uzna za spełnienie tego warunku, jeśli Wykonawca wykaże posiadanie doświadczenia w realizacji minimum jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia .

Wartość każdej (pojedynczej) dostawy winna być nie mniejsza niż:

Dla zadania nr 1 - kwota 400 000,00 zł.

Dla zadania nr 2 - kwota 400 000,00 zł.". Dalej SIWZ Zamawiającego dopuszcza wszelkie dostawy jakie były dokonane w ciągu ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert. Komentując jednakże dla celów tego sporu, warunki mające istotne znaczenie dla jego rozstrzygnięcia, pragnę podnieść co następuje:

Ad. warunku 1. 1 opisanego w SIWZ /okazało się, że ten warunek w tym postępowaniu nie miał zastosowania. Dostawa przedmiotu zamówienia, aczkolwiek są to wyroby nietypowe dla rynku, nie wymaga np. koncesji, zezwolenia, albo wnoszenia jakichś opłat.

Można więc bezsprzecznie powiedzieć, że ten warunek miał walory zabezpieczające o dużym stopniu ogólności, a nadto był wypełnieniem art. 22 Pzp.

Ad. Warunku 1.2 opisanego w SIWZ Zamawiającego -warunek ten, można nazwać „warunkiem minimalnym skarżonego zamówienia”. Zamawiający zdecydował, że warunkiem posiadania wiedzy i doświadczenia Dostawcy, jest wykonanie minimum jednej dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia. Jeśli można tak powiedzieć, „podwarunkiem” w tym zapisie jest kwota zamówienia wykonanego uprzednio tj. nie mniej niż 400 000,00 złotych. SIWZ wprowadzała dwa inne mierzone parametry wyboru oferty, cenę i termin dostawy, dostawca mógł dostać bonus w postaci 20 pkt za zrealizowanie dostawy, w terminie poniżej 40 dni, od podpisania umowy. Reasumując, Odwołujący się, wycenił swą ofertę na 769.734,00 złotych i termin dostawy w okresie 21 dni. Inny Oferent zaoferował 652.207,50 złotych i termin dostawy w okresie 39 dni. Obaj demokratycznie otrzymali za termin dostawy, po 20 pkt. Liczenie, dało następujący dorobek punktowy: Odwołujący się 87,79 punktów, zaś Procertiv Sp. z o.o. 100 pkt. Oferowana cena była przesłanką, która spowodowała fakt wyboru firmy Procertiv Sp. z o.o. jako dostawcy potrzebnego sprzętu dla Żandarmerii Wojskowej. Odnosząc się zaś szczegółowo do zarzutów naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez Odwołującego się, wskazać należy co następuje: Zwrócił uwagę na treść wyroku SO w Bydgoszczy z 12.10.2012 r. sygn. akt: VIII Ga 137/12, który w pkt 1 stanowi: „Dokument potwierdzający, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są należycie wykonywane musi zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę postępowania zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została należycie wykonana, bowiem istotne jest aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac.”. W ocenie Zamawiającego, zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 Pzp, a są to zarzuty stanowiące bazę odwołania, są wadliwie. W opisie warunków podmiotowych

w pkt. 1.2 w zakresie spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, opisano warunki minimalne, tj. dokonanie minimum jednej dostawy stanowiącej tożsamy przedmiot zamówienia. Warunek ten został spełniony, nie wolno dokonywać wykładni rozszerzającej dalszych zapisów pkt. 1.2 roz. V SIWZ. Z przyczyn semantycznych można powiedzieć, że potencjalny dostawca, mógł dla podbudowania swego wizerunku przekazać większą ilość listów referencyjnych, jak też dodatkowych opinii. Wybrany Dostawca tego nie dokonał, bo wykonał warunek konieczny - referencja co najmniej 1-go zamówienia. To spowodowało, iż jego oferta przy dużo niższej cenie, została wybrana. Dalsze zarzuty, będące następstwem jakoby naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, pozostawiam bez komentarza, jako że w sprawie nie doszło do naruszenia prawa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (tylko jeden był obecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, oferty Przystępującego wraz z wykazem dostaw i referencją z 03.09.2015 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 2 z 06.10.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów zawartych w odwołaniu – naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty, które miały na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w postaci wykazu dostaw oraz listu referencyjnego z 03.09.2015 r. w sytuacji gdy z dokumentów tych nie wynika, aby Procertiv Sp. z o.o. spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określone w Rozdz. V pkt 1.2. SIWZ.

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości 400 000 zł (dla zadania nr 2).

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ z dokumentów i oświadczeń załączonych do oferty Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu - Procertiv Sp. z o.o. nie wynika jednoznacznie jakoby wykonawca wykonał dostawy o wartości 400 000 zł (dla zadania nr 2).

4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż Wykonawca biorący udział w postępowaniu nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Z uwagi na ich charakter Izba od niesie się do przedmiotowych zarzutów łącznie, uznając że nie mają one uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym i z tej przyczyny podlegają oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie okoliczności, w tym postanowienia SIWZ z Rozdz. III pkt 2, Rozdz. V pkt 1.2 SIWZ, Rozdz. VI pkt. 2.1.1, jak i załącznik nr 1 do SIWZ /opis przedmiotu zamówienia / dla zadania 2. Nadto treść oferty, tj. wykazu dostaw, poz. 1 oraz referencji

z 03.09.2015 r. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Zamawiający w Rozdz. V pkt 1.2. SIWZ wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenie, które Zamawiający uzna za spełnione, jeśli wykonawca wykaże posiadanie doświadczenia w realizacji minimum jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia. Wartość każdej dostawy dla zadania nr 2 winna być nie mniejsza niż 400 000 zł. Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanej dostawy, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (Rozdz. VI pkt 2.1.1. SIWZ). Ponadto w Rozdz. VI pkt 2.1.1. SIWZ oraz w samym załączniku nr 7 do SIWZ, Zamawiający dokonał zastrzeżenia, że: „za dostawy tego samego rodzaju Zamawiający uzna dostawy o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia lub inne oznaczone kodami CPV wymienionymi w Rozdziale III pkt 2”. Z kolei, w Rozdz. III pkt 2 SIWZ wskazano kod CPV 30210000-4, czyli maszyny do przetwarzania danych (sprzęt).

W ocenie Izby, dokonane zastrzeżenie nie zawężało jedynie oczekiwanego przez Zamawiającego doświadczenia do doświadczenia w dostawie „*maszyn do przetwarzania danych (sprzęt)*” (Rozdz. VI pkt 2.1.1. i Rozdz. III pkt 2 SIWZ). Nie należy bowiem uznawać że wskazanie kodów CPV dotyczyło także części zastrzeżenia przez spójnikiem „lub”, a nie tylko po tym spójniku.

Było to jedynie bowiem, jedna z możliwości w ramach alternatywy łącznej, z której mógł skorzystać zainteresowany złożeniem oferty Wykonawca, odnosząca się nota bene do innych dostaw oznaczonych kodami CPV wymienionymi w Rozdz. III pkt 2 SIWZ. W pierwszej bowiem części dokonanego zastrzeżenia Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się dostawami o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z tożsamymi z przedmiotem zamówienia.

Z całą pewnością dostawa wykazana przez Przystępującego w poz. 1 wykazu (str. 11 oferty) była dostawą o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, gdyż

z całą pewnością elementem przedmiotu zamówienia dla zadania 2 była usługa szkolenia (str. 39 z 58 SIWZ – załącznika nr 1 do SIWZ /dotyczy Duplikatora do informatyki śledczej/ – w ramach pkt 3 /wymagania dotyczące eksploatacji i naprawy/ i str. 41 z 58 SIWZ – załącznika nr 1 do SIWZ /dotyczy Urządzenia do akwizycji i analizy danych z urządzeń mobilnych/ – w ramach pkt 4 /wymagania dotyczące eksploatacji i naprawy/), jak i dostawa licencji na oprogramowania z nośnikiem (str. 41 z 58 – załącznika nr 1 do SIWZ /w składzie zestawu – pkt. 3/).

W rezultacie trudno jest uznać zasadność zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w odwołaniu, skoro wykazano się dostawą o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z tożsamymi z przedmiotem zamówienia, czyli zawierającą dostawę sprzętu informatyki śledczej wraz z szkoleniem (przewidzianym z uwagi na przeznaczenie i funkcję dostawy) w tym zakresie. Podobnie, w zakresie, wątpliwości co od stwierdzenia zawartego w liście referencyjnym, a nie w samym wykazie, o utworzeniu stanowiska informatyki śledczej. Nawet jeśli elementem owego utworzenia było także dostarczenie licencji do oprogramowania, co jest z uwagi na doświadczenie życiowe wysoce prawdopodobne, to nadal mieści się to w zakresie przeznaczenia i funkcji dostawy.

Izba dodatkowo podnosi za orzecznictwem KIO, z uwagi na brak definicji ustawowej poświadczenia (referencji) przyjmując należy, że Wykonawcy mają dowolność w zakresie formy i treści tego dokumentu, z tym zastrzeżeniem, że każdorazowo z jego treści wynikać winno należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług, których konkretne poświadczenie dotyczy. Poświadczenia (referencje) mają być pomocne w ocenie wiarygodności oświadczeń złożonych przez Wykonawcę, stąd też nie muszą one powielać informacji zawartych w przedłożonych przez Wykonawcę wykazach robót budowlanych, dostaw lub usług – mają jedynie stanowić ich dopełnienie właśnie o okoliczność należytego wykonania. Poświadczenia (referencje) są dokumentami abstrakcyjnymi, niezwiązanymi z żadnym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mają jedynie za zadanie potwierdzić należyte wykonanie lub wykonywanie dostaw, usług lub robót budowlanych. (wyrok KIO z 24.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1348/13; wyrok KIO z 19.04.2011 r., sygn. akt: KIO 700/11; wyrok KIO z 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO 1016/09).

W konsekwencji brak jest jakichkolwiek podstaw do wyzwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czy też do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Tym bardziej więc nie ma żadnych przesłanek do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, czy też odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 2 000.00 zł, w związku z brakiem przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku wymaganego w § 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia - zlecenie wykonania usług nie jest rachunkiem wystawionym przez zleceniobiorcę za ich wykonanie.

Przewodniczący :

.....