

Sygn. akt: KIO/650/11

WYROK
z dnia 07 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 marca 2011 r. przez **Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego, al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. Kom., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa 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 2010 r., Nr 113, poz. 759) 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 pn. *„Wykonanie analizy przedwdrożeniowej Centralnego Systemu Bankowego dla BGK”* - nr postępowania BZP/157/BWC/2010, zostało wszczęte przez Bank Gospodarstwa Krajowego, al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 215-330255 w dniu 05.11.2010 r.

W dniu 18.03.2011 r. Zamawiający e-mailem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. Kom., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwana dalej: *„Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. Kom.”* albo *„Przystępującym”*, jak również o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp - Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa zwanego dalej: *„Deloitte Business Consulting S.A.”* albo *„Odwołującym”*. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp, w zakresie wiedzy i doświadczenia, których opis sposobu dokonywania oceny spełniania został dokonany w części VII pkt 1.1. SIWZ i tym samym podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazał, że: *„(...) Ustawodawca poprzez sformułowanie „załączenie dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie” pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że z dokumentu takiego wynika wykonanie określonych dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym. Złożonych przez wykonawcę faktur nie można uznać za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień. Z treści złożonych faktur nie wynika, że dane zamówienie zostało wykonane należycie, a ponadto poza nazwą Odbiorcy i Wystawcy faktury nie umożliwiają zamawiającemu zidentyfikowania projektu/projektów w ramach których zostały one wystawione. (...) Ponadto wskazać należy, iż co do zasady potwierdzić należyte wykonanie umowy może wyłącznie jej strona - odbiorca świadczenia wykonawcy. Reasumując wykonawca nie wykazał spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wiedzy i doświadczenia, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w części VII pkt 1.1. SIWZ i tym samym podlega wykluczeniu z postępowania.”*

W dniu 28.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 Pzp, Deloitte Business Consulting S.A. wniósł odwołanie wobec w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.03.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane zwane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”, oraz w zw. z art. 48 ust. 2 pkt ii) tiret 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., z późn. zm.) zwanej dalej: „*Dyrektywą 2004/18/WE*”, polegające na wykluczeniu Odwołującego;

3) art. 91 ust. 1 Pzp, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy Pzp, ponieważ wykluczył Odwołującego, który nie powinien być wykluczony | na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ani na żadnej innej podstawie. Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W wypadku nie wykluczenia Odwołującego, oferta Odwołującego podlegałaby ocenie w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert i zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wskazał na postanowienia części VII pkt 1.1) SIWZ oraz części IX A ust. 2 SIWZ. Przywołał wezwanie Zamawiającego z dnia 11.02.2011 r., jak i udzieloną odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego opiera się na uznaniu, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie spełniają wymogów Zamawiającego odnoszących się do dokumentów określonych w części IX A ust. 2 SIWZ. W informacji o wykluczeniu Odwołującego został wyrażony pogląd dotyczący interpretacji pojęcia: „*dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług*”. Interpretacja nie może być jednak traktowana jako jedyna zgodna

z przepisami o zamówieniach publicznych, w szczególności w kontekście obowiązku pro wspólnotowej interpretacji przepisów prawa krajowego. Z pewnością też interpretacja ta nie powinna przesądzać w konsekwencji dalszych zdarzeń o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Pzp, a także akty wykonawcze do ustawy, stanowią wdrożenie do porządku krajowego dyrektyw unijnych odnoszących się do udzielania zamówień publicznych w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku. W związku z powyższym przy interpretacji przepisów zarówno ustawy jak i rozporządzeń do niej, zasadne jest odwoływanie się do przepisów odpowiednich dyrektyw, szczególnie w sytuacji, gdy przepis krajowy ma swoje źródło w regulacjach unijnych. Dyrektywa 2004/18/WE odnosi się m.in. do sposobu kwalifikacji wykonawców. W art. 48 zawarto regulacje dotyczące kwalifikacji technicznych i zawodowych, do których zalicza się doświadczenie. Dyrektywa 2004/18/WE określiła też katalog dokumentów, stanowiących dowód możliwości technicznych wykonawcy w ustępie 2: *„W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:*

a)

i) *wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat wraz z zaświadczeniami zadowolającego wykonania najważniejszych robót. Zaświadczenia wskazują wartość, datę i miejsce robót, oraz określają, czy roboty zostały wykonywane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W razie konieczności właściwy organ przedkłada takie zaświadczenie bezpośrednio instytucji zamawiającej;*

ii) *wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:*

- *w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca - w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;*

- *w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny - w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia - w postaci oświadczenia wykonawcy."*

Tak więc cytowany przepis dyrektywy stanowi, że dokumentem potwierdzającym wykonanie zamówień podobnych, w przypadku, gdy odbiorcą usług jest podmiot prywatny (nie publiczny), jest zaświadczenie od tego podmiotu, a w przypadku braku takiego zaświadczenia również oświadczenie wykonawcy. Należy podkreślić, że również poprzednio obowiązująca dyrektywa regulująca udzielanie zamówień publicznych na usługi (Dyrektywa 92/50) zawierała regulację (art. 32 ust. 2 b) prowadzącą do uzyskania tego samego efektu: *„w przypadku usług dla nabywców prywatnych wykonanie potwierdza zaświadczenie*

wystawione przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia wystarczy oświadczenie usługodawcy".

Wskazał, że przywołany przepis Dyrektywy 2004/18/WE nie uzależnia prawa do posłużenia się oświadczeniem własnym wykonawcy od konkretnych przyczyn braku zaświadczenia wydanego przez nabywcę. Sam fakt braku takiego zaświadczenia jest wystarczający, aby Zamawiający był obowiązany przyjąć oświadczenie własne wykonawcy. Odwołujący wskazuje, że oświadczył on w ofercie, iż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu. Oświadczył też w wyjaśnieniach, o które został poproszony, iż usługi przywołane jako doświadczenia zostały wykonane należycie. Jednocześnie Odwołujący załączył do oferty wszystkie dokumenty, które był w stanie przedstawić potwierdzające fakt wykonania usług ujętych w wykazie. Są to faktury za te usługi i stanowią one jedyny rodzaj dokumentu jakim dysponuje odwołujący. Odwołujący wyjaśnił też wątpliwości Zamawiającego, która z przedstawionych faktur dotyczy której z usług ujętych w wykazie. Poinformował również, że klienci, dla których wykonywane były usługi z brytyjskiego systemu prawnego nie wystawili innych dokumentów potwierdzających spełnienie świadczenia. Wykonawca nie ma podstaw prawnych, aby wydania takich referencji się domagać. Stąd Ustawodawca wspólnotowy przewidział zastępowalność takich referencji (zaświadczeń) oświadczeniem własnym.

Interpretacja polskiego prawa nie powinna być sprzeczna z jasną intencją ustawodawcy unijnego. W przywołanych przepisach wskazano wyraźnie, że w przypadku gdy nabywcą poprzednio wykonywanych usług jest podmiot prywatny wystarczającym dokumentem jest zaświadczenie od tego podmiotu lub w przypadku jego braku również oświadczenie wykonawcy. § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowi o możliwości żądania dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Nie precyzuje jednak żadnych wymogów odnośnie tych dokumentów - w szczególności nie stanowi przez kogo powinny być one wystawione ani jakie zapisy powinny zawierać. Przepis ten nie wyklucza w żaden sposób możliwości przedstawienia dokumentu innego niż jedynie wystawiony przez odbiorcę usług. Twierdzenie takie jest więc nadinterpretacją przepisu, która jest wprost niezgodna z przywołanymi przepisami dyrektyw. Dyrektywy dopuszczają możliwość przedstawienia przez wykonawcę własnego oświadczenia jako wystarczającego dokumentu na potwierdzenie prawidłowego wykonania usług w przypadku, gdy odbiorcą jest podmiot prywatny tj. niezobowiązany do wystawiania jakichkolwiek zaświadczeń swoim obecnym i byłym kontrahentom. Wymóg żądania dokumentu wystawionego jedynie przez odbiorcę mógłby bowiem prowadzić do jego nieuzasadnionego wpływu na możliwość ubiegania się o zamówienie przez różnych wykonawców.

W ofercie Odwołującego znajdowały się faktury, które należało uznać za prawidłowo dokumentujące posiadanie wymaganego w postępowaniu doświadczenia wykonawcy. Faktury poświadczają o stałych kontaktach Odwołującego i wartości sprzedanych usług liczonych w milionach złotych z odbiorcami wskazanymi w wykazie usług (tabela 1 usługa 1, tabela 1 usługa 2, tabela 2 usługa 1, tabela 3 usługa 1, tabela 3 usługa 2). Jednocześnie warto zaznaczyć, że powyższe firmy są podmiotami prywatnymi. Należy wskazać, iż skoro Odwołujący oświadczył, że faktury zostały opłacone to faktury powyższe poświadczają należyte wywiązanie się z zawartych zobowiązań. Jednocześnie informacje dotyczące dobrej współpracy zostały zawarte w oświadczeniu samego Odwołującego, iż wymienione faktury zostały opłacone.

Bez wątplenia więc oceniając te dokumenty przez pryzmat wskazanych powyżej interpretacji opartych na brzmieniu odpowiednich przepisów dyrektyw - mamy do czynienia z dokumentami prywatnymi, wystawionymi przez samego wykonawcę. Z poczynionych ustaleń faktycznych (charakter działalności odbiorcy) oraz treści dokumentów wynika prawidłowe wykonywanie zobowiązań związanych z realizacją usług.

Za przyjęciem takiej interpretacji przemawia również orzecznictwo polskich sądów. Przywołał wyrok z dnia 13.03.2006 r., sygn. akt: 2228/05 Sąd Okręgowy w Poznaniu w zakresie dopuszczalności uznawania faktur. Podniósł, że Sąd podkreślił również konieczność oceny przez pryzmat ustaleń faktycznych danej sprawy. Wskazał również na wyrok KIO z dnia 08.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 768/08, wyrok KIO z dnia 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1016/09 oraz wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1526/10. W tym ostatnim wypadku dopuściła też posłużenie się oświadczeniem własnym w przypadku braku zaświadczenia o należyтым wykonaniu zamówienia pochodzącym od podmiotu prywatnego.

Tak więc na tle wynikających z powyższych wyroków wniosków należy zauważyć, że przedstawione faktury opierają się na dwustronnym zobowiązaniu. Dokumenty księgowe takie jak faktury są kontrolowane przez obie strony umowy, dlatego też opłacone faktury nie mogą być traktowane jako niewystarczające dla potwierdzenia realizacji kontraktów na dużą skalę oraz należytego wykonania zamówień, szczególnie wówczas, gdy towarzyszy im oświadczenie własne o należyтым wykonaniu usług i informacja o braku możliwości uzyskania odpowiednich zaświadczeń (tj. dokumentów innych niż faktury) od odbiorców usługi.

Zamawiający w dniu 29.03.2011 r. wezwał e-mailem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.04.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. Kom., ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwana dalej: „Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. Kom.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc m.in. o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odnośnie możliwości przedstawienia faktury na potwierdzenie spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia - faktura jako dokument poświadczający należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Wskazał, że Odwołujący podnosi w treści odwołania, że Zamawiający dokonał błędnej interpretacji pojęcia: *„dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi”*, gdyż nie uznał przedstawionych przez Odwołującego faktur za tego rodzaju dokument. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia Odwołującego, należy zgodzić się z Odwołującym, że orzeczenia KIO wskazują, że katalog dokumentów, jakie wykonawcy mogą przedstawić na potwierdzenie należytego wykonania usługi jest otwarty, a więc dokumentem takim mogą być nie tylko listy referencyjne. Jednocześnie należy stanowczo podkreślić, iż jak wskazuje w swych orzeczeniach KIO, za każdym razem *„istotne jest to, aby dokument ten potwierdzał okoliczność należytego wykonania prac wymienionych w wykazie”* (wyrok KIO z dnia 10.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 703/09, sygn. akt: KIO/UZP 709/09). W związku z tym, może być to również faktura: *„jednak w takim przypadku z faktur - jeżeli miałyby być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw - musiałyby w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że odbiorca faktury zaakceptował ją bez zastrzeżeń.”* (wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 143/10). Ponadto nawet, jeżeli uznać, że przedstawione faktury poświadczają stałe kontakty pomiędzy nim, a danym klientem, nie oznacza to jeszcze, że przez sam fakt wystawienia faktury, a nawet wykonania danej usługi należy domniemywać, że została ona wykonana należycie. Tego rodzaju stwierdzenia nie można, bowiem wywieść z samej treści faktury. Faktura stanowi jedynie dowód domagania się zapłaty przez jeden podmiot, nie świadczący jednak ani o tym, że zapłata nastąpiła, ani co szczególnie istotne w niniejszej sprawie, że usługa została wykonana należycie. Powołał również wyrok z dnia 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1083/10, sygn. akt: KIO 1085/10. Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdził, że aby uznać fakturę za dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia musiałaby być ona przykładowo opatrzona sformułowaniem wprost potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Zważywszy, iż fakturę może wystawić każdy przedsiębiorca, sam fakt jej wystawienia nie potwierdza należytej realizacji usługi, a taki wymóg ustanawia § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nawet w orzeczeniach, które przywołuje Odwołujący na poparcie swojego stanowiska w przedmiocie faktury, wyraźnie wskazuje się, że o ile: *„ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym*

przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z dnia 19.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1016/09). Powyższe nie oznacza jednak automatycznie, że samo podpisanie czy opłacenie dokumentu faktury dowodzi należytego wykonania zobowiązania umownego, bowiem z samego dokumentu faktury nie wynika chociażby, że zamówienie zostało wykonane w terminie, a na wykonawcę nie nałożono żadnych kar umownych czy potrąceń. Takie stanowisko, zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 04.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1488/09 można zająć: *„dopiero po zapoznaniu się z umowami, które były podstawą wykonania usług i dokonania zapłat za wykonanie usług."* Tytułem przykładu można wskazać, iż jeżeli na wykonawcę nałożono karę umowną z powodu nieterminowej realizacji kontraktu, to nie można w związku z tym uznać, że zamówienie zostało wykonane należycie. W związku z tym warto podkreślić, iż sam dokument faktury, bez żadnych dodatkowych informacji na temat należytego wykonania zamówienia, nie może ze swej istoty tego faktu potwierdzać. Biorąc pod uwagę wskazane powyżej argumenty nie można uznać za prawidłowe twierdzenia Odwołującego, że przedstawione przez niego opłacone faktury są równoznaczne z należyтым wywiązaniem się przez wykonawcę z zamówienia. Faktura w rzeczywistości potwierdza jedynie, iż Odwołujący ją wystawił, ale nie dowodzi w żadnej mierze należytego wykonania usługi. Wobec powyższego należy uznać, że Odwołujący nie przedstawił właściwych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, a zatem nie spełnił warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w związku z czym wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego Postępowania było w pełni zasadne oraz zgodne z zapisami dokumentacji postępowania.

Odnośnie możliwość posłużenia się oświadczeniem własnym wykonawcy jako dokumentem poświadczającym należyte wykonanie usługi przez wykonawcę. Odwołujący podnosił, że przedstawił Zamawiającemu dokumenty faktur, a także złożył jednocześnie oświadczenie własne o należyтым wykonaniu usług wraz z informacją o braku możliwości uzyskania odpowiednich zaświadczeń od odbiorców usługi. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien uznać takie oświadczenie. Na takie podejście miałyby wskazywać konieczność prounijnej wykładni przepisów prawa polskiego w świetle art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE. Podkreślił, iż wątpliwości dotyczące informacji mających potwierdzać należyte wykonanie usług powinny zostać zgłoszone bezpośrednio po publikacji przedmiotowego Ogłoszenia oraz SIWZ. Jeżeli Odwołujący uznał, iż katalog wymaganych w Ogłoszeniu i SIWZ dokumentów, oprócz dokumentów wystawionych przez kontrahentów, powinien obejmować również oświadczenie własne wykonawcy, powinien był w terminie do 15.11.2010 r. złożyć odwołanie dotyczące treści dokumentacji przetargowej w zakresie, w jakim jego zdaniem narusza ona przepisy. Jest faktem niespornym, iż Odwołujący nie

kwestionował w tym zakresie prawidłowości Ogłoszenia i SIWZ, dlatego w rzeczywistości wyraził zgodę na obowiązek potwierdzania odpowiednimi dokumentami należytego wykonania usług świadczonych przez niego. Tym samym na obecnym etapie nie jest uzasadnione kwestionowanie czynności Zamawiającego, gdyż pozostają one oczywiście w pełni zgodne zarówno z treścią Ogłoszenia, SIWZ, jak i z przepisami prawa. Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, Przystępujący podniósł, iż w zakresie dotyczącym podnoszonej przez Odwołującego niezgodności przepisów polskich i unijnych, należy wskazać, iż powołany w odwołaniu art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE stanowi, że: *„w zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków.”*. W związku z tym już sama literalna wykładnia tego przepisu dowodzi, że ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę, co do wyboru jednego lub kilku ze wskazanych powyżej środków. Wynika to także z charakteru dyrektywy, czyli aktu prawnego skierowanego do państwa członkowskiego, który pozostawia danemu państwu członkowskiemu swobodę w zakresie osiągnięcia jego celów. W art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE na pierwszym miejscu wśród dowodów na potwierdzenie zdolności technicznej wykonawcy znajduje się dokument pochodzący od usługobiorcy, jako że jest to dokument najpewniej dowodzący prawidłowego wykonania usługi. Wobec tego ustawodawca polski koncentrując się w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów na możliwości posłużenia się dokumentem wystawionym przez usługobiorcę potwierdzającym należyte wykonanie usługi, skorzystał z przysługującego mu na mocy Dyrektywy 2004/18/WE uprawnienia uznając, że stosownym potwierdzeniem będzie jedynie dokument - mający chociażby formę zaświadczenia wydanego przez nabywcę. Niezależnie od powyższego, nadmienił, iż cel art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE jest inny niż chciałby to widzieć Odwołujący - na co wskazuje się w doktrynie. Tytułem przykładu, w komentarzu do Dyrektywy 2004/18/WE pod redakcją Aleksandry Sołtysińskiej [w:] A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Zakamycze, 2006 wspomniano, że: *„brak możliwości uzyskania takiego zaświadczenia może się wiązać przykładowo z likwidacją lub zawieszeniem działalności przez nabywcę albo z zaginięciem u nabywcy dokumentów potwierdzających wykonanie transakcji.”*. Wobec tego nawet okoliczności, w których ustawodawca unijny dopuszcza ewentualną możliwość posługiwania się oświadczeniem własnym wykonawcy, dotyczą wyjątkowych sytuacji, gdy przyczyny braku możliwości uzyskania dokumentów mają charakter obiektywny i niezależny od wykonawcy (np. likwidacja przedsiębiorstwa kontrahenta). W związku z tym podnoszony przez Odwołującego argument, że ustawodawca unijny przewidział zastępowalność referencji oświadczeniem własnym wykonawcy rodzi uzasadnione wątpliwości. W tym kontekście należy także wskazać, że przywołany przez Odwołującego wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt:

KIO/UZP 1526/10, zapadł w szczególnych i specyficznych okolicznościach faktycznych. Przedstawione przez wykonawcę referencje zostały jednak zawarte w dokumencie, a nie były oświadczeniem własnym wykonawcy. W związku z tym z treści tego wyroku nie można wywodzić, że KIO już wcześniej akceptowała możliwość posługiwania się oświadczeniem własnym wykonawcy na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia.

Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż wskazany powyżej przepis Dyrektywy 2004/18/WE wymagałby implementacji także w zakresie sugerowanym przez Odwołującego, co w świetle wyraźnych sformułowań Dyrektywy 2004/18/WE jest nieuzasadnione, to wykładnia pronijna nie może być stosowana w sytuacjach, gdy prowadziłyby do interpretacji prawa krajowego *contra legem*. W literaturze podkreśla się, że wykładnia pronijna nie może zmierzać do zmiany sposobu rozumienia jednoznacznego przepisu, niebudzącego wątpliwości interpretacyjnych oraz, że nie można jej stosować, gdy dana kwestia została jednoznacznie uregulowana przepisami krajowymi lub też przepisy krajowe nie regulują w ogóle takiej kwestii - zob. Krzysztof Scheuring, Ochrona praw jednostek w postępowaniach przed sądami wspólnotowymi, Wolters Kluwer 2007, str. 312 oraz Stanisław Biernat, Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich [w:] Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych, pod red. C. Mik, Toruń 1998, str. 133. Wykładnia pronijna nie może bowiem prowadzić do substytucji norm prawa krajowego i wspólnotowego przez organ krajowy. Problematyka dokumentów, jakie mogą przedstawiać wykonawcy na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, została tymczasem wyraźnie uregulowana przez polskiego ustawodawcę w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w zgodzie z treścią art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18.

Ponadto w kontekście twierdzeń Odwołującego, że faktura to jedyny dokument, jaki wykonawca mógł przedstawić, bowiem nabywca nie wystawił żadnego innego dokumentu, a wykonawca nie ma podstaw prawnych, żeby domagać się takiego dokumentu, należy wyraźnie podkreślić, że taki argument nie znajduje żadnego uzasadnienia. Na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu każdorazowo ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma więc on również obowiązek dołożenia należytej staranności w celu uzyskania wszelkich wymaganych dokumentów. Jak pokazują liczne przetargi toczące się w Polsce w których wykonawcy powołują się na referencje podmiotów zagranicznych, przedstawianie stosownych dokumentów jest w pełni możliwe. Dlatego fakt niewykazania się odpowiednimi dokumentami wystawionymi przez podmiot na rzecz, którego świadczone były usługi słusznie został zakwestionowany przez Zamawiającego.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 11.02.2011 r., odpowiedzią Odwołującego z dnia 22.02.2011 r., wyborem oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu z dnia 18.03.2011 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania oraz dowodami złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, tj. korespondencją ze swoim partnerem brytyjskim (Deloitte MCS Ltd) oraz korespondencją z pozostałymi przedstawicielami wykonawców, na rzecz których realizowane były wykazywane, a kwestionowane zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ został wykluczony z udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert (cena oferty - 30%, metodyka realizacji prac - 45%, zaangażowanie zespołu projektowego - 10%, organizacja procesu realizacji zamówienia - 15%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazując na następujące okoliczności: przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a w szczególności czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, czyli nie dotyczy ono postanowień SIWZ, w konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia odwołania. Dodatkowo, należy wskazać, że Pzp nie dopuszcza możliwości częściowego odrzucenia odwołania, co wobec niemożliwości odrzucenia odwołania w całości, tym bardziej uzasadnia oddalenie przedmiotowego wniosku.

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, postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego, wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 11.02.2011 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 22.02.2011 r., wybór oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z dnia 18.03.2011 r., odwołanie, jak i przystąpienie do postępowania.

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

Odnosnie dowodów złożonymi na rozprawie przez Odwołującego, tj. korespondencji ze swoim partnerem brytyjskim (Deloitte MCS Ltd) oraz korespondencję z pozostałymi przedstawicielami wykonawców, na rzecz których realizowane były wykazywane, a kwestionowane zamówienia, Izba uznała, że nie można ich dopuścić jako dowodu w sprawie. W tym zakresie, Izba uznała, że wobec nie kwestionowania katalogu dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie wymaganej wiedzy i doświadczenia na etapie SIWZ przed składaniem ofert, to na obecnym etapie nie może wskazywać na inne środki dowodowe. Wszelkie dowody w tym zakresie, w tym przedłożone na rozprawie są w związku z powyższym bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz w zw. z art. 48 ust. 2 pkt ii) tiret 2 dyrektywy 2004/18WE polegającego na wykluczeniu Odwołującego, Izba uznał niniejszy zarzut za chybiony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z częścią VII pkt 1.1) SIWZ Zamawiający wskazał, iż uzna, że Wykonawca spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał z należytą starannością:

- a. co najmniej 3 (trzy) usługi doradcze o wartości usługi co najmniej 800 tys. PLN netto (każda), polegające na (każda z nich) przeprowadzeniu Analizy Przedwdrożeniowej dotyczącej budowy zintegrowanego systemu teleinformatycznego, gdzie szacowana wartość budowy zintegrowanego systemu teleinformatycznego wyniosła co najmniej 20 mln PLN netto, przy czym co najmniej jedna (1) z nich zrealizowana została dla banku i dotyczyła Centralnego Systemu Bankowego.
- b. co najmniej dwie (2) usługi doradcze o wartości usługi powyżej 200 tys. PLN netto każda, związane z przygotowaniem postępowania na wybór i budowę zintegrowanego systemu teleinformatycznego dla różnych podmiotów, gdzie szacowana wartość budowy każdego systemu wyniosła co najmniej 20 mln PLN netto, przy czym co najmniej jedna z tych usług związana była z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do którego zastosowanie znajdowała ustawa Prawo zamówień publicznych.

- c. co najmniej dwie (2) usługi doradcze o wartości usługi co najmniej 800 tys. PLN netto każda związane z opracowaniem architektury korporacyjnej (tj. łącznie architektury biznesowej, architektury danych, architektury aplikacji, architektury technologicznej) dla różnych podmiotów, przy czym co najmniej jedna (1) dotyczyła architektury korporacyjnej banku.

Zgodnie z częścią IX A ust. 2 SIWZ w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, Zamawiający żąda wykazu wykonanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu oraz daty wykonania i odbiorcy, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te zamówienia zostały wykonane należycie.

Odwołujący w ramach złożonej oferty załączył stosowny wykaz (5 tabel) (str. 58 do 63 oferty) wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wymagane zamówienia zostały wykonane należycie (str. od 64 do str. 100 oferty). W ramach tych ostatnich załączono faktury w języku angielskim wraz z tłumaczeniem (od str. 64 do 75, od 78 do 79, od 82 do 89 oferty), faktury w języku polskim (od str. 96 do 98 oferty), jak i listy referencyjne (str. od 76 do 77, od 80 do 81, od 92 do 95, od 99 do 100 oferty) oraz list referencyjny wraz z tłumaczeniem (od str. 90 do 91 oferty).

Pismem z dnia 11.02.2011 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w tabeli nr 1 pod pozycjami nr 1 i 2 (dla warunku VII pkt 1.1) lit. a), tabeli nr 2 pod pozycją nr 1 (dla warunku VII pkt 1.1) lit. b), tabeli nr 3 pod pozycjami nr 1 i 2 (dla warunku VII pkt 1.1) lit. c). Podniósł także, że z dokumentów załączonych do oferty nie można powiązać z zamówieniami wskazanymi w Wykazie wykonanych zamówień, w szczególności z uwagi na rozbieżności pomiędzy zakresem w Wykazie, a opisem zawartym w dokumencie.

W odpowiedzi z dnia 22.02.2011 r. na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wskazał, że:

- na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej na str. 59 oferty, w tabeli nr 1 pozycja nr 1 załączył faktury na str. oferty: 64, 66, 68 i 70. Faktury były wystawiane w trakcie realizacji projektu, w związku z tym daty wystawienia poszczególnych faktur są wcześniejsze niż data zakończenia projektu.
- na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej na str. 59 oferty, w tabeli nr 1 pozycja nr 2 załączył faktury na str. oferty: 72 i 74. Faktury były wystawiane po zakończeniu projektu, w związku z tym daty wystawienia poszczególnych faktur są późniejsze niż data zakończenia projektu.

- na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej na str. 60 oferty, w tabeli nr 2 pozycja nr 1 załączył faktury na 78 str. oferty.
- na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej na str. 60 oferty, w tabeli nr 3 pozycja nr 1 załączył faktury na 82 str. oferty. Faktura była wystawiona po zakończeniu projektu, w związku z tym daty wystawienia poszczególnych faktur są późniejsze niż data zakończenia projektu.
- na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej na str. 60 oferty, w tabeli nr 3 pozycja nr 2 załączył faktury na str. ofert: 84, 86 i 88. Faktury były wystawione zarówno w trakcie realizacji projektu jak i po jego zakończeniu, w związku z tym daty wystawienia faktur zamieszczonych na str. 84 i 86 są późniejsze niż data zakończenia projektu, natomiast data faktury zamieszczona na str. 88 jest wcześniejsza niż data zakończenia projektu.

Ponadto, Odwołujący oświadczył, iż wymienione faktury zostały opłacone oraz wskazał, że w kulturze brytyjskiej oraz praktyce biznesowej podstawowym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia jest oświadczenie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Ustawodawca krajowy dokonał implementacji art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18WE w § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów określając w dwojaki sposób katalog środków dowodowych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tzn. poprzez wymóg złożenia wykazu wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych, dostaw lub usług, czyli bezpośredniego oświadczenia Wykonawcy, uczestnika postępowania o udzielnie zamówienia publicznego składającego, jak w tym wypadku ofertę oraz poprzez załączenie dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, czyli dokumentu pochodzącego od Wykonawcy na rzecz, którego usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie. Dodatkowo należy wskazać także na zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w tym kontekście wiedzy i doświadczenia (art. 26 ust. 2 b zdanie drugie Pzp), choć jest to implementacja ust. 3 art. 48 Dyrektywy 2004/18WE. Izba wskazuje również, że zasadnie Przystępujący zauważył, że: *„dowód możliwości technicznych może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków”* (art. 48 ust. 2 Dyrektywy 2004/18WE), w tym kontekście instytucja udzielająca zamówienia, czyli Zamawiający na podstawie prawa krajowego z katalogu Dyrektywy 2004/18WE wybrał określone środki dowodowe. Odwołujący nie zakwestionował takiego, a nie innego wyboru przedmiotowych środków dowodowych na etapie SIWZ. W konsekwencji, skoro nie kwestionował postanowień SIWZ w zakresie nie dopuszczenia, jako środka dowodowego oświadczenia własnego Wykonawcy, jako

dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, to nie może na obecnym etapie wskazywać na konieczność uznawania przedmiotowego środka dowodowego nie dopuszczonego przez Zamawiającego i wywodzić z tego tytułu korzystnych względem siebie skutków.

Po drugie, odnośnie załączonych faktur. Izba co do zasady zgadza się, że faktury mogą być pod pewnymi warunkami, uznane za dokument potwierdzający, że jak w tym wypadku usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Powyższe jest ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa. Istotne jest, czy zawierają w swej treści sformułowanie, które jednoznacznie potwierdza należyte wykonanie lub wykonywanie zamówienia. Przy czym nie musi być to dosłowne użycie sformułowań zawartych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Niejednokrotnie, choć nie zawsze konieczne jest przedłożenie w ramach wyjaśnień umów, które były podstawą wykonania zamówienia i dokonania zapłaty.

Jednocześnie zasadnie podnosił na rozprawie Odwołujący, że nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. określiła, że wykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawców na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp ma miejsce, w wypadku „*nie wykazania*”, a nie w kontekście „*nie złożenia wymaganych dokumentów*”, jak dotychczas. W konsekwencji, to na Wykonawcy, w tym wypadku na Odwołującym ciąży ciężar dowodowy wykazania spełniania w tym wypadku warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia, nie zaś Zamawiający ma wykazywać niespełnianie warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Odwołujący wskazywał na rozprawie na treść przedłożonych faktur, a w szczególności na te jej elementy świadczące o należyтым wykonaniu usług, za których wykonanie żądano zapłaty określonych należności. Izba, jednakże wskazuje, że w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że kwoty na które opiewają faktury rzeczywiście zostały zapłacone. To nie na Zamawiającym, ale na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania: „*braku innych ustaleń*”. Z ich treści wynika, że przy przelewie należało powołać się na pełny numer faktury. Odwołujący nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających: „*płatność po przedstawieniu*” faktur o danych numerach na określone konta, czyli wpływ adekwatnych należności na przedmiotowe konta. Odwołujący wskazał także na rozprawie, że ma miejsce faktyczna korelacja przedłożonego wykazu (zakwestionowano 3 tabele, łącznie 5 pozycji) oraz spornych faktur, należy jednakże zauważyć, że faktury zawierają numery projektów i ich nazwy, żadne z nich nie są w ogóle przywołane w wykazie (zakwestionowano 3 tabele, łącznie 5 pozycji). Odwołujący oddzielnie opisał załączone faktury przyporządkowując je do konkretnych pozycji tabel. Izba nie może uznać, za wiarygodne tak skonstruowanego wykazu i faktur, które w żaden sposób nie pozwalają nawet w sposób ogólny dowieść ich związku z informacjami, jakoby ich

dotyczącymi w danych pozycjach tabel. Nawet uznanie danej faktury wymagałoby, bowiem uzyskania innych niezbędnych informacji pozwalających na weryfikację: „Opisu usługi”, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Inną kwestią są twierdzenia odnośnie przyczyn wydania 4 faktur dotyczących tabeli nr 1 pozycja 1, które zostały wystawione w trakcie realizacji usługi. Izba przyjmuje do wiadomości uzyskane wyjaśnienia na rozprawie od Odwołującego, jednakże w takiej sytuacji niezbędne byłoby przedłożenie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego taką możliwość (zapłaty przed zakończeniem usługi), wraz z innym dokumentem potwierdzającym przekazanie analizy przedwdrożeniowej dotyczącej budowy zintegrowanego systemu teleinformatycznego (choćby w sposób pośredni). Izba ze zrozumieniem odnosi się także do wyjaśnień odnośnie umów ramowych oraz w kwestii różnych numerów projektu, jednakże Odwołujący nie przedłożył nawet wykazu potwierdzającego faktyczne istnienie takich umów, czy też dokumentów wewnętrznych istnienia określonej praktyki w kontekście różnych numerów projektów na fakturach dotyczących tej samej usługi. Rynek zamówień publicznych określa jawność umów o udzielenie zamówienia publicznego. Uczestnik postępowania winien mieć świadomość, że nie może żądać innego traktowania tylko dlatego, że Wykonawcy odmówili wystawienia na jego rzecz listów referencyjnych, czy też że z uwagi na bliżej nieokreślone „zastrzeżenia” nie zgadzają się oni na udostępnienie jakiegokolwiek dokumentacji związanej z przedmiotem sporu. Mimo uznania, przez Przystępującego, iż chodziło prawdopodobnie o kwestie tajemnicy handlowej, nie przedstawiono nawet wyciągu z umów na które powoływał się Odwołujący, z których wynikałoby, że strona przeciwna zastrzegła brak możliwości ich udostępnienia, czy też możliwość „zastrzeżeń” takich, na jakie powoływał się na rozprawie Odwołujący.

Izba w konsekwencji wskazuje, po analizie przedmiotu sporu i wszystkich okoliczności sprawy, że istotnie, jak podnosił Odwołujący na rozprawie, Zamawiający winien w trybie art. 26 ust. 4 Pzp obligatoryjnie, a nie fakultatywnie wezwać do wyjaśnień złożonych faktur, jednakże tylko w zakresie tabeli nr 1 pozycja nr 2, tabeli nr 2 pozycja nr 1 i tabeli nr 3 pozycja nr 1 i 2. Z tym, że niniejsze naruszenie nie ma lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Należy bowiem podnieść, że wobec faktur wraz z tłumaczeniami (str. od 64 do 70 ofert) dotyczących tabeli nr 1 pozycji nr 1 ewentualne wyjaśnienia w trybie art. 26 ust.4 Pzp byłyby *de facto* uzupełnieniem oferty. Wobec wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp także w zakresie tabeli nr 1 pozycji nr 1 wszelkie dopuszczone przez Pzp działania sanacyjne zostało w tym wypadku wyczerpane.

Izba dodatkowo zauważa, że wyjaśnienia jakie udzielił Odwołujący pismem z dnia 22.02.2011 r. nie były wyjaśnieniami na wezwanie, ale zostały udzielone z własnej inicjatywy, co jest dopuszczalne przez orzecznictwo sądów powszechnych i KIO. W razie przedłożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – faktury wskazane w pierwszej kolejności

(dokumenty pierwotne) – mogłyby uzyskać status dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanych usług. Jednakże taka sytuacja nie może mieć miejsca w odniesieniu do faktur wskazanych w drugiej kolejności, albowiem to ewentualny nowy dokument, a nie pierwotny potwierdzałby należyte wykonanie wykazywanych usług (faktury były wystawiane w trakcie realizacji usługi).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz w zw. z art. 48 ust. 2 pkt ii) tiret 2 dyrektywy 2004/18WE polegającego na wykluczeniu Odwołującego, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, jak i art. art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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:

.....