

**WYROK**

**z dnia 29 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska  
Małgorzata Rakowska  
Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bull Polska Sp. z o.o., AMG.net S.A, Bull SAS., ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa,

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A., PWPW SA, Infovide-Matrix S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., COMP SA, SHH Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., TiMSI Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56c 00-803 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., Apator Rector Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bull Polska Sp. z o.o., AMG.net S.A, Bull SAS., ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bull Polska Sp. z o.o., AMG.net S.A, Bull SAS., ul. Królewska 16, 00-103 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. 113, poz. 759 ze 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

I. Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *"Doskonalenie stanowisk do analizowania i prognozowania zagrożeń."*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 21 marca 2012 r., poz. 2012/S 56-091423 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17 maja 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bull Polska Sp. z o. o. w Warszawie (lider konsorcjum), AMG.net S.A., w Łodzi (członek konsorcjum) Bull SAS w Les Clayes sous Bois, Francja (członek konsorcjum), (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym podnosili niezgodność z ustawą czynności (względnie zaniechań) Zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym stopnia spełniania) i ustaleniu wyników tej oceny w sposób wadliwy, sprzecznie z treścią wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w szczególności złożonych wraz z wnioskiem lub uzupełnionych oświadczeń lub dokumentów) i ogłoszenia o zamówieniu, co skutkowało błędnym przyznaniem Odwołującemu w ramach oceny spełniania tych warunków 11 punktów zamiast 26 punktów oraz bezprawnym zaniechaniem zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu;
2. zaproszeniu do składania ofert w Postępowaniu wykonawców, którzy w świetle kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, treści wniosku Odwołującego oraz wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., KIO 2726/12, 2730/12, 2731/12, 2735/12 nie powinni mieć najwyższych ocen spełniania tych warunków;
3. zaniechaniu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym stopnia spełniania) przez Odwołującego z uwzględnieniem wszystkich dokumentów znajdujących się w treści jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co skutkowało zaniechaniem przyznania Odwołującemu 26 punktów w ramach oceny spełniania tych warunków,

4. zaniechaniu czynności zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu, pomimo spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym niż inni wykonawcy;

Wskutek powyższego zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 51 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu i stopnia tej oceny;
2. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert w Postępowaniu;
3. ponownego przeprowadzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem treści wniosku Odwołującego (w tym dokumentów złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) a w efekcie przyznanie Odwołującemu 26 punktów w ramach oceny stopnia spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
4. dokonania czynności zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu.

Odwołujący argumentując podniesione zarzuty, wskazywał, iż Zamawiający kwalifikując wykonawców do dalszego etapu postępowania, powinien wziąć pod uwagę dokumenty uzupełnione przez niego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają one znaczenie nie tylko dla ustalenia samego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale i dla przyznania punktacji. Wobec treści wniosku Odwołującego, ustalonej w wyniku uzupełnienia dokumentów, Zamawiający w ocenie Odwołującego miał obowiązek przyznania Odwołującemu 26 pkt w ramach oceny, o której mowa w art. 51 ust. 2 ustawy. Zaniechanie tego obowiązku skutkuje naruszeniem interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania. Wobec faktu, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w stopniu wyższym niż inni wykonawcy (co wynikało z dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), to zdaniem Odwołującego obowiązkiem Zamawiającego jest zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty. Mając 26 punktów Odwołujący plasuje się na 4 miejscu w rankingu wykonawców, wobec powyższego mieści się wśród 5 wykonawców, których Zamawiający zamierza zaprosić do składania ofert. Zaniechanie wykonania tego obowiązku zdaniem Odwołującego należy zakwalifikować jako rażące naruszenie przepisów

ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego zostały zgłoszone przystąpienia przez:

- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A., PWPW SA, Infovide-Matrix S.A., po stronie odwołującego;
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., COMP SA, SHH Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., TiMSI Sp. z o.o., po stronie zamawiającego;
- G. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., Apator Rector Sp. z o.o., po stronie zamawiającego;
- H. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., po stronie zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, Odwołujący mógłby zostać zakwalifikowany do kręgu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Mimo opozycji, Izba uznała, że wszyscy zgłaszający przystąpienia skutecznie przystąpili do postępowania, tym samym stali się uczestnikami postępowania odwoławczego. Każdy z nich ma szeroko pojęty interes faktyczny w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Strony, po której zgłosił przystąpienie – wskutek ewentualności powtórnej oceny wniosków krąg wykonawców, zakwalifikowanych do dalszego postępowania na dzień rozpatrywania odwołania należy uznać za ostatecznie nieustalony.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym nie było sporu co do stanu faktycznego: Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień

publicznych. Odwołujący dokumenty uzupełnił w terminie. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym te same dokumenty (wykaz wykonanych projektów informatycznych oraz dokumenty potwierdzające ich realizację) miały, po pierwsze, potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a po drugie - być podstawą przyznawania punktacji, prowadzącej do ustalenia kręgu wykonawców, którzy będą zaproszeniu do składania ofert. Bezsporne było, że uzupełnione przez Odwołującego wykazy obejmowały więcej projektów, niż wymagane minimum. Kwestią sporną było, czy należy brać pod uwagę przy przyznawaniu punktacji dokumenty uzupełnione przez Odwołującego niejako „przy okazji” uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych: zdaniem Odwołującego należało przyznać punkty za uzupełnione dokumenty, natomiast zdaniem Zamawiającego – dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych mogą być brane pod uwagę jedynie przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (na poziomie minimalnym, tj. czy wykonawca spełnia warunek, czy też nie spełnia i w konsekwencji podlega wykluczeniu), a przyznawanie punktacji za uzupełnione dokumenty w ocenie Zamawiającego prowadziłyby do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Izba po rozpatrzeniu stanowisk Stron, przyznała rację Zamawiającemu. Przyznawanie punktacji za uzupełnione dokumenty w trybie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych prowadziłyby do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest wyjątkiem od reguły, iż ocenie podlegają jedynie dokumenty, złożone w terminie składania ofert (wniosków). Wykonawca, wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych ma prawo uzupełnić dokumenty – ale tylko, zgodnie z literalnym brzmieniem (odwołaniem do przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych) „potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu”, a więc warunki, które można nazwać „minimalnymi”, tj. takie, których brak spełnienia prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie ma znaczenia, że w przetargu ograniczonym zgodnie z art. 51 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych wykonawcę niezaproszonego traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Wykluczenie z postępowania jest osobną kategorią - ma inne znaczenie dla oceny statusu wykonawcy w postępowaniu. Chociaż ostateczny skutek jest taki sam – wykonawca nie bierze udziału w dalszym postępowaniu – to jednak nie ma podstaw do utożsamiania „wykluczenia z postępowania” z „niezaproszeniem do składania ofert”. W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który oceniając dokumenty złożone przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jedynie badał, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu „w stopniu minimalnym”, tj. badał, czy Odwołujący nie podlega wykluczeniu. Nie ma przy tym znaczenia, że w postępowaniu te same dokumenty miały

potwierdzać zarówno spełnienie warunków minimalnych, jak i służyć przyznawaniu punktacji – dwójaki charakter wykazu projektów informatycznych nie może zmieniać zakresu rzeczowego ustalonego w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Takie samo stanowisko Izba wyrażała wcześniej wielokrotnie w orzecznictwie, przykładowo w orzeczeniu KIO 350/12, KIO 357/12 zapadłym w zbliżonym stanie faktycznym.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło wskazywanych przez Odwołującego naruszeń Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....

.....

.....