

Sygn. akt: KIO/UZP 770/09

**WYROK**  
**z dnia 6 lipca 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Marek Koleśnikow</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Barbara Bettman</b> <b>Lubomira Matczuk-Mazuś</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Przemysław Śpiewak</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Peek Traffic Sp. z o.o., 32-064 Rudawa, ul. Krakowska 60** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze – Rejon Dróg Wojewódzkich w Koźuchowie, 67-120 Koźuchów, ul. Szprotawska 30** protestu z dnia 27 maja 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze – Rejon Dróg Wojewódzkich w Koźuchowie, 67-120 Koźuchów, ul. Szprotawska 30** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Peek Traffic Sp. z o.o., 32-064 Rudawa, ul. Krakowska 60;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze – Rejon Dróg Wojewódzkich w Koźuchowie, 67-120 Koźuchów, ul. Szprotawska 30** na rzecz **Peek Traffic Sp. z o.o., 32-064 Rudawa, ul. Krakowska 60,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Peek Traffic Sp. z o.o., 32-064 Rudawa, ul. Krakowska 60.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich – Rejon Dróg Wojewódzki z siedzibą w Koźuchowie, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Konserwację oraz bieżącą naprawę sygnalizacji świetlnych i znaków aktywnych na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Koźuchowie”. **11.05.2009 r.** zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 73623/2009.

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

**20.05.2009 r.** zamawiający zażądał uzupełnienia od wykonawcy Peek Traffic sp. z o.o. z siedzibą w Rudawie, dokumentu do złożonej oferty – cyt. „zaświadczenia, certyfikatu lub

uprawnienia nadanego przez producenta sterownika Siemens MR". Jednocześnie treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt 6.3 tiret drugie) brzmi. cyt. „posiadają stosowne zaświadczenia, certyfikaty lub uprawnienia nadane przez producentów sterowników.”.

**21.05.2009 r.** wykonawca Peek Traffic stwierdził, że załączone do oferty dokumenty są zgodne ze specyfikacją i cyt. „w sposób wystarczający potwierdzają posiadanie odpowiedniego do realizacji zadania personelu”. Ponadto wykonawca Peek Traffic dołączył druk zobowiązania do współpracy Panów Witolda C. oraz Janusza P.

**21.05.2009 r.** zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca Andrzej Weiss, Racula. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o wykluczeniu wykonawców Fast s.j., Zielona Góra i Peek Traffic. Wykonawca Peek Traffic nie uzupełnił certyfikatu na obsługę sterownika typu MR firmy Siemens, a więc nie spełnił warunku określonego w pkt 5.B.b specyfikacji.

**27.05.2009 r.** wykonawca Peek Traffic wniósł protest na dokonaną przez zamawiającego czynność:

- 1) wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 2) badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) bezzasadnego wykluczenia protestującego z postępowania.

Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz inne wynikające z uzasadnienia niniejszego protestu.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z postępowania;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez protestującego;
- 4) uznanie oferty złożonej przez protestującego za najkorzystniejszą.

I. Pismem z dnia 20.05.2009 r. protestujący otrzymał od zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Stosownie do treści przekazanego pisma zamawiający wzywał protestującego do złożenia cyt. „stosownego zaświadczenia, certyfikatu lub uprawnienia nadanego przez producenta sterownika Siemens MR, który umożliwia wykonawcy utrzymanie instalacji i urządzeń

sygnalizacyjnych zgodnie z zapisem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia".

W świetle treści art. 26 ust. 3 Pzp nie budzi wątpliwości, iż przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów mogą być wyłącznie dokumenty, które były przez zamawiającego żądane w treści specyfikacji, a których wykonawca nie załączył do swojej oferty.

Protestujący stwierdził, iż w świetle postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji dokument, do uzupełnienia którego protestujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie był wymagany przez zamawiającego, stąd wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentów dokonane zostało z naruszeniem art. 26 ust 3 Pzp.

W pkt 5 B.b specyfikacji zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy muszą wykazać, że cyt. „dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn. osobami przygotowanymi do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją – posiadają stosowne zaświadczenia, certyfikaty lub uprawnienia nadane przez producentów sterowników. Systemy sterowania oparte są na sterownikach firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy Siemens.". W analogiczny sposób warunek ten opisany został w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Jak wynika z cytowanego powyżej warunku udziału w postępowaniu zamawiający wskazał, iż warunkiem uznania danej osoby za przygotowaną do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją będzie przedstawienie dla tej osoby stosownych zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień nadanych przez producentów posiadanych przez zamawiającego urządzeń sterowniczych tj. sterowników firm DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy Siemens. Protestujący zauważył, iż zamawiający nie sprecyzował jakiego konkretnie typu sterowników mają dotyczyć certyfikaty. Określił jedynie, iż mają pochodzić od producenta posiadanych przez niego urządzeń sterowniczych.

Protestujący stwierdza, iż w świetle zwłaszcza art. 22 ust. 2 Pzp, zamawiający zobowiązany jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określić warunki udziału w postępowaniu, w przeciwnym bowiem razie mogłoby dojść, w toku badania i oceny spełnienia tych warunków, do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, w okolicznościach w których z treści pkt 5B.b specyfikacji nie wynikało, iż certyfikat producenta miał dotyczyć konkretnych typów urządzeń, wystarczającym do wykazania spełnienia warunku było przedstawienie certyfikatu obsługi jednego z urządzeń sterowniczych wyprodukowanych przez producentów posiadanych przez zamawiającego sterowników tj. firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy Siemens.

Protestujący nie może zgodzić się z zamawiającym, iż postanowienie pkt A.1 opisu przedmiotu zamówienia, w którym wymienione zostały typy sterowników uzupełniać miał warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 5B.b specyfikacji. Możliwość takiej interpretacji warunku udziału w postępowaniu nie wynika zarówno z pkt 5B.b specyfikacji, jak również z samej treści opisu przedmiotu zamówienia. Celem, dla którego zamawiający wymienił w opisie przedmiotu zamówienia konkretne typy urządzeń sterowniczych było jedynie poinformowanie wykonawców, jakie typy urządzeń przeznaczone są do konserwacji.

Potwierdzeniem stanowiska, zgodnie z którym nie sposób twierdzić, iż w świetle ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, zamawiający wymagał certyfikatów producentów konkretnych typów urządzeń, a nie certyfikatu producenta jednego z urządzeń sterowniczych posiadanych przez zamawiającego, są przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155).

Nie wymaga uzasadnienia, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców jedynie dokumentów wymienionych w treści ww. rozporządzenia.

Protestujący stwierdził, iż dokumentu, którego zamawiający zażądał od protestującego w piśmie z dnia 20 maja 2009 r. tj. certyfikatu wystawionego przez producenta konkretnego typu urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, nie ma wymienionego w treści rozporządzenia w sprawie dokumentów. W szczególności zauważyć należy, iż dokument ten nie jest dokumentem:

- 1) wymienionym w § 1 ust. 2 pkt 6 ww. rozporządzenia, gdyż wymóg posiadania certyfikatu obsługi konkretnego typu urządzenia sterowniczego wystawionego przez producenta tego urządzenia nie wynika z przepisów prawa, w szczególności z przepisów rangi ustawowej;
- 2) wymienionym w § 3 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, gdyż producent sterownika nie jest podmiotem uprawnionym do kontroli jakości w rozumieniu przepisów rozporządzenia, a ponadto dokument tego rodzaju nie ma związku z dokonaniem oceny czy dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) wymienionym w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ww. rozporządzenia, gdyż przede wszystkim producent sterowników nie jest niezależnym podmiotem zajmującym się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi.

Protestujący podniósł również, iż niezależnie od niebudzących wątpliwości postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, twierdzenie zamawiającego z pisma z dnia 20.05.2009 r., iż protestujący winien był załączyć do oferty certyfikat wystawiony przez

producenta konkretnego typu urządzenia będącego przedmiotem zamówienia tj. sterownika Siemens MR, nie znajduje uzasadnienia z uwagi na przepis art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Nie wymaga szerszego uzasadnienia, iż sytuacja, w której Zamawiający żądałby od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokumentu wystawionego przez podmiot, który jest producentem urządzenia będącego przedmiotem zamówienia stanowiłaby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. W prosty bowiem sposób udzielenie przez zamawiającego jednego zamówienia (dostawa sterowników) wymuszałoby udzielanie kolejnego zamówienia wskazanemu „z góry” wykonawcy. Zatem w zależności od wskazania (woli) producenta sterowników będących w posiadaniu zamawiającego wyznaczany byłby wykonawca lub wykonawcy mogący uzyskać zamówienie w przedmiocie obsługi dostarczonych sterowników.

Tego rodzaju praktyki są – na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych i także na gruncie wspólnotowych przepisów – niedopuszczalne, jako stanowiące naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Producent sterowników posiadanych przez zamawiającego nie jest niezależnym podmiotem, uprawnionym do decydowania o posiadaniu lub braku posiadania uprawnień do realizacji danej części zamówienia.

II. Mając na uwadze wskazaną w pkt 1 protestu argumentację protestujący uznał, iż dokument żądany przez zamawiającego w piśmie z 20.05.2009 r. nie był wymieniony w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, a zatem żądanie jego uzupełnienia dokonane zostało z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Protestujący załączył do oferty wymagany przez zamawiającego dokument tj. certyfikat wydany przez producenta posiadanego przez zamawiającego sterownika Siemens MR. Załączony do oferty certyfikat wydany został przez firmę Siemens i poświadcza on kompetencje wymienionej w ofercie protestującego osoby do obsługi sterownika Siemens Sitraffic C800V/C840V.

Niezależnie od okoliczności, w której, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, załączony do oferty protestującego certyfikat jest wystarczający do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zauważyć należy, iż dokument poświadczający przygotowanie do obsługi sterownika Siemens Sitraffic C800V/C840V jest dodatkowo równoważny certyfikatowi dotyczącemu sterownika Siemens MR. Sterownik Siemens Sitraffic C800V/C840V jest bowiem sterownikiem nowszego typu niż sterownik Siemens MR, wobec czego oczywistym jest, że osoba posiadająca udokumentowaną wiedzę w zakresie budowy i obsługi sterownika o wyższym poziomie zaawansowania technicznego gwarantuje prawidłową obsługę sterownika starszego, mniej skomplikowanego w zakresie budowy i funkcjonalności.

Protestujący zauważył, iż zamawiający wzywając protestującego do uzupełnienia dokumentów, wcześniej uznając, iż załączony do oferty protestującego certyfikat nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ogóle nie wykazał na jakiej podstawie uznaje, iż załączony do oferty protestującego certyfikat nie jest równoważny certyfikatowi dotyczącemu obsługi sterownika Siemens MR.

III. Protestujący stwierdził, iż w okolicznościach, w których zamawiający nie miał podstaw do wzywania protestującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, okoliczność nieuzupełnienia dokumentu nie mogła stanowić podstawy do wykluczenia protestującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a tym bardziej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

**27.05.2009 r.** SSSRD Andrzej Weiss przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

Przystępujący stwierdził, że protest powinien zostać oddalony, gdyż:

- 1) protestujący nie wykazał osoby, która mogłaby realizować zamówienie w zakresie sterowników MR, a wykazanie się jednodniowym szkoleniem jest niewystarczające w zakresie kwalifikacji i posiadanego oprogramowania, wystarczy zażądać od takiej osoby zrealizowania pkt 13 lub 14 procedury lub zażądać opisanie funkcji przycisków i kontrolek;
- 2) certyfikat obsługi nowszych sterowników C88V nie jest równoważny certyfikatowi starszych sterowników MR ponieważ są one oparte na różnych platformach sprzętowych i programowych;
- 3) prawdziwość tych informacji może potwierdzić przedstawiciel producenta.

**03.06.2009 r.** zamawiający oddalił protest.

Zamawiający zgodnie z pkt 5B.b specyfikacji wymagał od wykonawców wykazania, że dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn. osobami przygotowanymi do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 *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* zamawiający może żądać od wykonawcy, celem potwierdzenia że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat kwalifikacji

zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia tych osób, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Zamawiający wzywając wykonawcę o uzupełnienie dokumentów przyjmował, że wykonawca na dzień otwarcia ofert w dniu 19 maja 2009 r. posiadał wymagany certyfikat na obsługę sterownika Siemens MR i może uzupełnić w dowolnym momencie wymagane dokumenty.

Zamawiający stwierdza, że wykonawca planując przystąpienie do przetargu, a nie posiadając odpowiednich uprawnień mógł je uzyskać w szczególności przez:

- 1) szkolenie w zakresie obsługi i serwisowania sterownika Siemens MR;
- 2) zawarcie konsorcjum z firmą posiadającą certyfikat Siemens MR;
- 3) zobowiązanie do współpracy osoby posiadającej kwalifikacje w zakresie obsługi i serwisowania sterownika Siemens MR.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, że certyfikat na obsługę sterownika Siemens Sitraffik C800V/C840V jest równoważny certyfikatowi na obsługę sterownika Siemens MR. Według informacji uzyskanych z firmy Siemens powyższe certyfikaty nie są równoważne, ponieważ sterowniki Siemens Sitraffik C800V/C840V i Siemens MR oparte są na innych oprogramowaniach.

Wykonawca nie zgadzając się z warunkami specyfikacji mógł je oprotestować w czasie przewidzianym w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, stwierdzenie przez protestującego, że żądany certyfikat wykracza poza katalog dokumentów określonych w ww. rozporządzeniu nie znajduje uzasadnienia na obecnym etapie postępowania.

**08.06.2009 r.** wykonawca Peek Traffic wniósł odwołanie.

Odwołujący w całości podtrzymuje i ponawia sformułowany w treści złożonego protestu zarzut naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania następujących przepisów: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz innych wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez odwołującego;
- 4) *uznanie oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.*

Odwołujący podkreślił:

I. W zakresie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału.

Zamawiającego z jednej strony powołuje się na treść § 1 ust. 2 pkt 5 *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* w zakresie kwalifikacji zawodowych osób. Punkt 6.3 tiret drugie specyfikacji nie obejmuje możliwości żądania certyfikatów a jedynie informacji nt. kwalifikacji osób. Natomiast w treści wezwania z 20.05.2009 r., zamawiający wzywa „do uzupełnienia wymaganego przez zamawiającego dokumentu do złożonej oferty na ww. zadanie – stosowanego zaświadczenia, certyfikatu lub uprawnienia nadanego przez producenta”. Jednocześnie zamawiający w pkt 6.3 tiret drugie specyfikacji nie wymienia zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień jako dokumentów, które wykonawcy zobowiązani są złożyć wraz z ofertą. Odwołujący miał więc uzasadnione prawo sądzić, iż zamawiający nie wymaga złożenia zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień. Gdyby redakcja postanowień specyfikacji w powyższym zakresie była zgodna z – wykazanymi po terminie składania ofert – oczekiwaniami zamawiającego, odwołujący zapewne żądałby wyjaśnień lub zmian tychże postanowień na etapie zapoznawania się ze specyfikacją.

Odwołujący podkreślił, iż postanowienia specyfikacji nie zawierają wymogu, aby do oferty załączone były przedmiotowe dokumenty poświadczające uprawnienia osób, a jedynie informację na temat posiadania ww. dokumentów. Taką informację odwołujący dostarczył zamawiającemu.

Zamawiający zajął stanowisko, iż dopuszczalne jest w świetle obowiązujących przepisów żądanie takich dokumentów, jak również, że wynika to z postanowień specyfikacji. Z czym nie zgadza się odwołujący.

II. W zakresie treści warunku udziału.

Odwołujący podważa także stanowisko zamawiającego co do treści samego warunku udziału w zakresie potencjału kadrowego (punkt 5 B b specyfikacji).

Zamawiający postawił warunek wykazania, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn. osobami przygotowanymi do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją. Odwołujący podtrzymuje, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie tego warunku zamawiający zażądał posiadania stosownych zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień nadanych przez producentów sterowników, które to systemy oparte są na sterownikach „firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy Siemens”, przy czym dowód posiadania miał wynikać z „Wykazu personelu” stanowiącego załącznik nr 3 do formularza oferty, a który to Wykaz nie zawiera stosownej rubryki, która pozwalałaby na wpisanie odpowiednich certyfikatów, jak też w

postanowieniach specyfikacji brak jest wymogu o konieczności załączenia kopii przedmiotowych dokumentów. Potwierdzałoby to fakt, że Zamawiający miał świadomość, iż nie powinien on żądać przedmiotowych dokumentów. W tabelce znajdującej się w Wykazie przewidziano jedynie rubryki na podanie imienia i nazwiska, rodzaju pełnionej funkcji (która jest z góry narzucona) i informacji do całodobowego kontaktu. Odwołujący wypełnił Wykaz zgodnie z wymaganiami w nim zawartymi, wypełniając odpowiednio tabelkę.

### III. W zakresie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie wskazał w specyfikacji, że wymaga posiadania przez osoby zdolne do realizacji zamówienia określonym, konkretnym, certyfikatem firmy Siemens – istotne z punktu widzenia postawionego warunku udziału było to, aby osoby były przygotowane do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją. Zupełnie bezpodstawne było zatem wykluczenie odwołującego, który przedstawił w Wykazie personelu osobę posiadającą certyfikat firmy Siemens – tyle, że jak się okazuje nie ten, który zamawiający „miał na myśli”, choć tego nie wyartykułował w ogłoszeniu o zamówieniu ani specyfikacji.

Odwołujący oświadczył, że dysponuje osobami, które są zdolne do wykonania zamówienia, tj. są przygotowane do obsługi urządzeń sterowniczych zainstalowanych na obszarze objętym konserwacją przy świadomości, że systemy zamawiającego oparte są na sterownikach firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz Siemens. Oświadczenie takie znalazło się w dokumencie wymaganym przez zamawiającego, tj. w załączonym do oferty „Wykazie personelu”.

Odwołujący dodaje, że certyfikat, posiadany przez wskazanego w Wykazie pana Janusza P., jest certyfikatem nowszym i dotyczy znacznie bardziej zaawansowanego technicznie sterownika. Dlatego – zdaniem odwołującego – oczywistym jest, że osoba posiadająca udokumentowaną wiedzę w zakresie budowy i obsługi sterownika o wyższym poziomie zaawansowania technicznego gwarantuje prawidłową obsługę sterownika starszego i mniej skomplikowanego w zakresie budowy i funkcjonalności.

Zdaniem odwołującego nie jest także prawdziwa uwaga zamieszczona w dwóch ostatnich zdaniach rozstrzygnięcia protestu, jakoby odwołujący spóźnił się z wnoszeniem środków ochrony prawnej, gdyż sprawa nie dotyczy warunku „dysponowania odpowiednimi osobami”, a dotyczy:

- 1) nadinterpretacji warunku potencjału kadrowego, o której odwołujący uzyskał wiadomość dopiero w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego po otwarciu ofert;
- 2) wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie Wykazu osób, czego konsekwencją było wykluczenie odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, a zwłaszcza ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

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

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp – przez zażądanie uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia – należy uznać za słuszny.

W rozdziale I pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny spełnienia tych warunków. A w pkt 6 zatytułowanym „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jaki mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w drugim podpunkcie 3 tiret pierwsze i drugie specyfikacji, zamawiający postanowił, cyt.

„– dysponowanie personelem odpowiednio przeszkolonym – gwarantującym realizację zamówienia (zał. nr 3) Wypełnić zał. DOŚWAIDCZENIE ZAWODOWE

– posiadają stosowne zaświadczenia, certyfikaty lub uprawnienia nadane przez producentów sterowników. Systemy sterowania oparte są na sterownikach firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy SIEMENS.”

W „Wykazie personelu” stanowiącym załącznik nr 3, zamawiający zawarł podobne postanowienia, cyt. „Osoby te posiadają stosowne zaświadczenia, certyfikaty lub uprawnienia nadane przez producentów sterowników. Systemy sterowania oparte są na sterownikach firmy DSA Wrocław, MSR Traffic Przeźmierowo oraz firmy SIEMENS.”. Ponadto tytuły rubryk zawartych w tym załączniku brzmiały, cyt. „Lp., Imię i nazwisko, Rodzaj pełnionej funkcji, CAŁODOBOWY KONTAKT (adres, telefon)”. W formularzu tego dokumentu nie znalazło się postanowienie zamawiającego zobowiązujące wykonawcę do dołączenia do wykazu personelu jakichkolwiek innych zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień.

Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę fakt, że zamawiający ustalił wartość zamówienia na 88 260 zł, co stanowi równowartość 22 764,44 euro, a więc była to tzw. podprogowa wartość zamówienia. Wobec tego, do procedury udzielenia zamówienia, należało stosować m.in. przepisy art. 26 ust. 2 Pzp, czyli zamawiający nie był zobligowany do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a mógł poprzestać na żądaniu złożenia stosownego oświadczenia wykonawcy.

Takie właśnie oświadczenie znajduje się w pkt 2 wzoru załącznika nr 1 do formularza oferty, cyt. „posiadamy niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponujemy potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawimy pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia;”.

Właściwe oszacowanie przedmiotu zamówienia potwierdza także podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 110 000,00 zł brutto oraz ceny ofertowe wszystkich 3 wykonawców zamykające się w przedziale do 67 234,20 zł do 93 696,00 zł, co zostało zaprotokołowane w protokole postępowania na druku ZP 2 i druku ZP-12.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający wymagał od wykonawców posiadania przez osoby przewidziane do wykonania zamówienia zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień nadanych przez producentów sterowników. Natomiast z przytoczonych postanowień specyfikacji i ogłoszenia nie wynika wymaganie zamawiającego załączenia do oferty zaświadczeń, certyfikatów lub uprawnień nadanych przez producentów sterowników dla osób przewidzianych do wykonywania zamówienia. Ponadto, należy podkreślić, że zamawiający nie był zobowiązany na podstawie przytoczonego art. 26 ust. 2 Pzp do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jednym z zasadniczych obowiązków zamawiającego jest zredagowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby nie można było mieć wątpliwości co do wymagań zamawiającego oraz postawionych przed wykonawcami warunków. Ponadto ustawodawca wyeksponował w art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, że zamawiający ma zawrzeć w specyfikacji wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykaz musi być zawarty w jednym miejscu specyfikacji, chociaż może go stanowić bardzo długa lista zredagowana nawet na wielu stronach.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający zawarł taki wykaz w przytaczanym pkt 6 drugi podpunkt 3 tiret pierwszej specyfikacji i zażądał tylko wypełnienia wykazu personelu. Również w samej treści formularza załącznika zamawiający nie wymagał żadnego

dołączenia jakichkolwiek dokumentów na wykazanie spełniania warunków. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2008 r. (**sygn. akt KIO/UZP 1283/08**) cyt. „Zamawiający formułując swoje wymagania musi czynić to w sposób precyzyjny i jasny, nie pozostawiając miejsca na dowolność i arbitralne decyzje. [...]. Tylko bowiem w takich warunkach nie zostanie naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

W związku z powyższym wykonawcy mogli odczytać – wobec jednoznacznego sformułowania – wskazane postanowienia specyfikacji, jako dotyczące tylko **posiadania** odpowiednich dokumentów, a nie nałożenia obowiązku na wykonawców **załączania** do oferty kwestionowanych dokumentów. Skład orzekający Izby stwierdza konieczność uwypuklenia znaczenia wyrazu „**posiadanie**”, użytego w specyfikacji i ogłoszeniu przed upływem terminu składania ofert, i wyrazu „**załączanie**”, używanego przez zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

Nie może zostać uwzględniony argument zamawiającego, że odwołujący nie złożył certyfikatów tylko w zakresie obsługi Sterowników Siemens, a złożył certyfikaty w stosunku do innych części w zakresie sterowników DSA Wrocław i MSR Traffic Przeźmierowo. Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca może dołączyć do oferty dokumenty niewymagane w postanowieniach specyfikacji i nie może z tego ponosić negatywnych konsekwencji. Oczywiście, jeżeli te niewymagane dokumenty nie zaprzeczają dokumentom wymaganym i wskazują tylko na lepsze spełnienie wymagań lub posiadanie lepszych bądź bogatszych cech przez oferowany przedmiot niż mogą tego dokonać dokumenty obligatoryjne.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp – zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Zamawiający nie może rozszerzyć swojego uprawnienia (i jednocześnie obowiązku) do żądania złożenia dokumentów, których złożenia nie żądał w specyfikacji ani w ogłoszeniu.

Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert zmieniać postanowień specyfikacji. Nie może również po upływie tego terminu stawiać nowych wymagań, nawet jeżeli stwierdzi, że sformułowane w specyfikacji postanowienia nie w pełni odpowiadają jego potrzebom. Ponadto, jak to zostało stwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008 r., wykonawca cyt. „nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełnienia.”

Wobec powyższych ustaleń, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut, iż zamawiający bezpodstawnie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto na uwzględnienie zasługuje – ściśle związany z poprzednim zarzutem – zarzut, że okoliczność niezuzpełnienia dokumentu, do którego uzupełnienia zamawiający nie miał prawa wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie może stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ani art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Wobec załączenia do oferty odwołującego wszystkich wymaganych w specyfikacji dokumentów zamawiający ma obowiązek dopuścić taką ofertę do badania i oceny ofert. Nie może wykluczyć wykonawcy, który wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami specyfikacji.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp można zastosować tylko i wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Aby nie naruszać tego przepisu zamawiający jest obowiązany, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także ściśle skorelowany z wyżej przedstawionymi opisami wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca załączy do swojej oferty wszystkie wymagane w specyfikacji oświadczenia i dokumenty, to nie ma podstawy prawnej do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Wykluczenie wykonawcy, który zawarł w ofercie wszystkie wymagane w specyfikacji dokumenty jest, oprócz naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, działaniem naruszającym zasadę zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie może być przesłanką wykluczenia niezuzpełnienie przez wykonawcę każdego żądanego przez zamawiającego dokumentu, a tylko dokumentu wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji. Wynika to z zakazu dokonywania zmian w specyfikacji po upływie terminie składania ofert, co zostało wyrażone *a contrario* w art. 38 ust. 4 Pzp, który dopuszcza do dokonywania zmian w specyfikacji, ale tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Zmiana specyfikacji po upływie terminu składania ofert uniemożliwiłaby wykonawcom dokonanie właściwych korekt swoich ofert. W stosunku do postanowień specyfikacji dotyczących treści zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, należy zamieścić odpowiednie ogłoszenie zmieniające, zgodnie z art. 38 ust. 4a Pzp, co łączy się z odpowiednim przesunięciem terminu składania ofert, a w stosunku do pozostałych postanowień należy przedłużyć termin składania ofert o niezbędny czas na wprowadzenie zmian w ofertach wynikających ze zmiany specyfikacji, o czym stanowi art. 38 ust. 6 Pzp.

Jak z wynika z powyższego, zamawiający może żądać tylko uzupełnienia dokumentów w granicach dokumentów wymaganych już wcześniej w specyfikacji. Wszelkie żądanie uzupełnienia dokumentów, które nie były wymagane w specyfikacji, jest działaniem nie mającym oparcia w art. 26 ust. 3 w związku z art. 38 ust. 4 i ust. 4a oraz ust. 6 Pzp.

W związku z tym naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp nie budzi wątpliwości.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, znalazły potwierdzenie.

Skład orzekający Izby nie badał zarzutu wykluczenia wykonawcy mimo spełnienia warunku postawionego 20 maja 2009 r. po otwarciu ofert, gdyż zamawiający nie mógł postawić takiego warunku zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ponadto w zakresie twierdzenia ustnego i dowodu na piśmie złożonego przez zamawiającego na okoliczność utrudniania przeprowadzania szkoleń przez jednego z producentów sterowników używanych przez zamawiającego, skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten nie był postawiony w proteście, dlatego, na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp, Izba nie może orzekać co do tego zarzutu, nie można orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....