

Sygn. akt: KIO/UZP 1503/08

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. 4-go Marca 38, 75-708 Koszalin; BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa; Wincor Nixdorf Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 82, 02-226 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Urząd Statystyczny w Warszawie, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa.**, protestu z dnia 12 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. 4-go Marca 38, 75-708 Koszalin; BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa; Wincor Nixdorf Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 82, 02-226 Warszawa 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 uiszczanego przez **Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6,44-100 Gliwice (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. 4-go Marca 38, 75-708 Koszalin; BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa; Wincor Nixdorf Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 82, 02-226 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6,44-100 Gliwice (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, ul. 4-go Marca 38, 75-708 Koszalin; BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Połczyńska 31 A, 01-377 Warszawa; Wincor Nixdorf Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 82, 02-226 Warszawa.**

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

Główny Urząd Statystyczny z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655; Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „System informatyczny wspierający przeprowadzenie spisów powszechnych przy pomocy formularza elektronicznego i terminali mobilnych oraz zarządzanie rachmistrzami”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2008 r., nr 2008/S 220-293309.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 7 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym jeden z wnioskodawców zrezygnował następnie z dalszego udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2008 r. (pismem z tej samej daty) wezwał Konsorcjum firm: WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (lider konsorcjum), Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, BETACOM S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Wincor Nixdorf Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Odwołującym” do uzupełnienia dokumentów „potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymaganych zgodnie z pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu nr 2008/S 220-293309:

- 1) Wykaz A oraz
- 2) Wyjaśnienia utajnienia usług wykonanych dla sektora publicznego”.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, iż w pkt III.2.3. Ogłoszenia wymagał wykonania przez wykonawcę usług obejmujących swym zakresem zakończenie budowy co najmniej 2 kompleksowych systemów informatycznych pracujących z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, tj. obejmującym łącznie dostawę oprogramowania do zarządzania terminalami mobilnymi, jego konfigurację, opracowanie oprogramowania dedykowanego do obsługi formularzy, dostawę urządzeń mobilnych, jego udokumentowanie i wdrożenie do eksploatacji, przy czym wdrożenia te powinny spełniać wskazane wymagania, tj.: a) przynajmniej jedno dotyczyć powinno sektora publicznego z budową infrastruktury bezpieczeństwa rozwiązania mobilnego bazującego na PKI obejmującego szyfrowanie na terminalu i bezpieczną transmisję danych, b) przynajmniej jedno dotyczyć powinno systemu opartego na terminalach mobilnych, w ramach którego dostarczono co najmniej 400 szt. urządzeń mobilnych wraz z oprogramowaniem do ich zarządzania oraz infrastrukturą pozwalającą na zastosowanie w terminalach bezpiecznego klucza publicznego przechowywanego na karcie chipowej. Odwołujący w złożonym „Wykazie A” wykazał spełnienie wymogu dla wymaganej przez Zamawiającego usługi, przy czym jedna usługa spełnia wymagania pkt a), natomiast druga usługa spełnia wymagania z pkt b). Pozostałe usługi nie spełniają jednocześnie wymagań z pkt a) lub pkt b).

Jednocześnie Zamawiający zażądał wyjaśnienia przyczyn utajnienia wszystkich usług wykonanych dla sektora finansów publicznych, wskazując, iż brak uzupełnienia dokumentów spowoduje wykluczenie wykonawcy z niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 12 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, tj. wobec czynności wezwania Protestującego do uzupełnienia „dokumentów

potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymaganych zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu nr: 2008/S 220-293309: 1) Wykaz A”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu A”;
2. innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia protestu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie protestu i dokonanie przez Zamawiającego:

1. czynności unieważnienia czynności wezwania Protestującego do uzupełnienia „następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymaganych zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu nr: 2008/S 220-293309: 1) Wykaz A”;
2. czynności niezwłocznego poinformowania Protestującego o unieważnieniu czynności wezwania Protestującego do uzupełnienia „następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymaganych zgodnie z pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu nr: 2008/S 220-293309: 1) Wykaz A”.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w dwóch wypadkach, tj. jeżeli dokument ten nie został w ogóle złożony, bądź też jeżeli wykonawca złożył taki dokument, jednak dokument ten zawiera błędy. Tymczasem Odwołujący złożył wymagany przez Zamawiającego dokument „Wykaz A”, który nie tylko, że nie zawiera żadnych błędów, ale potwierdza spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu, co Zamawiający przyznał w wezwaniu do uzupełnienia „Wykazu A”. Tym samym wezwanie go do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu jest bezpodstawne i stanowi rażące naruszenie wskazanego wyżej przepisu. Wykonawcy w „Wykazie A” zobowiązani byli wykazać się realizacją minimum dwóch wdrożeń systemów podobnych swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia zgodnych z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3 pkt A. Takimi dwiema usługami wykazał się Odwołujący, tj. usługą wykonaną dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz usługą wykonaną dla Elavon Financial Services Ltd.

Nadto Odwołujący dodał, iż wszystkie wskazane przez niego usługi w „Wykazie A” spełniają wymagania ogłoszenia o zamówieniu i powinny być brane pod uwagę przy ocenie spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający, uzasadniając wezwanie Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu A”, interpretuje postawiony przez siebie warunek udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z jego literalnym

brzmieniem. Wskazuje bowiem, że każda z usług wskazanych w „Wykazie A”, odpowiadająca postawionym przez niego wymaganiom w zakresie kompleksowego systemu informatycznego pracującego z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, musi jednocześnie spełniać wymaganie pkt a) ogłoszenia albo jednocześnie spełniać wymaganie pkt b) ogłoszenia, a takowe nie wynika z literalnego brzmienia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Z postawionego warunku wynika jedynie, iż każda z usług opisanych w „Wykazie A” musi obejmować budowę i wdrożenie kompleksowego systemu informatycznego pracującego z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, a każda z usług opisanych przez Odwołującego w „Wykazie A” obejmuje budowę i wdrożenie kompleksowego systemu Informatycznego pracującego z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia i nie musi ona jednocześnie spełniać wymagań pkt a) ogłoszenia i pkt b) ogłoszenia, gdyż Zamawiający nie użył w ogłoszeniu o zamówieniu słowa "jednocześnie".

Okoliczność, że „żadna z pozostałych wskazanych w „Wykazie A” usług nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie kompleksowego systemu informatycznego pracującego z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia, spełniającego jednocześnie wymaganie pkt a) lub pkt. b)", nie ma światła literalnego brzmienia postawionego warunku jakiegokolwiek znaczenia. Zamawiający wymagał bowiem, aby spośród wszystkich usług wskazanych w „Wykazie A” przynajmniej jedna spełniała wymaganie pkt a) i przynajmniej jednak spełniania wymaganie ppkt. b) i ten wymóg Zamawiającego został przez Odwołującego spełniony.

Nadto podkreślił, iż Zamawiający nie może odstępować od literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu i interpretować go zgodnie ze swoimi intencjami, a niezgodnie z jednoznacznymi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, gdyż taka wykładnia jest niedopuszczalna.

W dniu 22 grudnia 2008 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując, iż niezgodnym z ustawą oraz pozbawionym podstawy prawnej byłoby ewentualne wykluczenie z postępowania wykonawcy spełniającego, nawet minimalne, warunki udziału w postępowaniu. Tym samym przedmiotowe wezwanie nie wywołuje dla Odwołującego żadnych negatywnych skutków prawnych, a wręcz jest dla niego korzystne. W złożonym wniosku Odwołujący wskazał szereg usług, jednak nie wszystkie można uznać za spełniające wymogi Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający uważa, że Odwołujący spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do jego wykluczenia. Zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp podyktowane jest tym, iż o dopuszczeniu do dalszego postępowania decyduje liczba punktowanych, zakwalifikowanych jako zgodne z warunkami ogłoszenia usług.

Pismem z dnia 24 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w 29 grudnia 2008 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 29 grudnia 2008 r.), podtrzymując zarzuty i wnioski oraz argumentację zawartą w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, którego brak Zamawiający podniósł zarówno na rozprawie, jak i w piśmie będącym w istocie odpowiedzią na odwołanie.

Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż Odwołujący spełnił minimalne warunki udziału w postępowaniu, jednak wezwał go do uzupełnienia „Wykazu A”, podnosząc, iż wskazane w nim usługi, poza dwiema, nie spełniają wymagań postawionych w ogłoszeniu, jednocześnie podkreślając, iż niezuzupełnienie przedmiotowego dokumentu skutkować będzie wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Skład orzekający Izby nie podzielił argumentacji Zamawiającego, iż na skutek czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów interes prawny wykonawcy nie doznał i nie może doznać uszczerbku w wyniku tego typu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Skoro bowiem sankcją niezuzupełnienia „Wykazu A”, mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu, miałyby być wykluczenie go z udziału w postępowaniu, zaniechanie wniesienia odwołania, mogłoby do takiej sytuacji (wykluczenia) rzeczywiście doprowadzić. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że wypełniona została przesłanka materialnoprawna do rozpatrzenia odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby rozpatrzył zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zamawiający w ogłoszeniu pkt III.2 „Warunki udziału” ppkt III.2.3 „Zdolność techniczna” wskazał, iż wykonawcy celem dokonania oceny spełniania wymogów Zamawiającego zobowiązani są przedłożyć „A. Wykaz–A usług wykonanych (zakończone-zrealizowane) obejmujących swym zakresem zakończenie budowy co najmniej 2 kompleksowych systemów informatycznych pracujących z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia”, dalej doprecyzowując, iż „przez kompleksowy system informatyczny o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia należy rozumieć wykonanie prac, które obejmowały łącznie dostawę oprogramowania do zarządzania terminalami mobilnymi, jego konfigurację, opracowanie oprogramowania dedykowanego do obsługi formularzy, dostawę urządzeń mobilnych, jego udokumentowanie i wdrożenie do eksploatacji. (...) Należy wykazać budowę i wdrożenie co najmniej 2 kompleksowych systemów informatycznych (...)”, przy czym „wdrożenia te powinny spełniać co najmniej następujące wymagania: a) Przynajmniej 1 dotyczy sektora publicznego z budową infrastruktury bezpieczeństwa rozwiązania mobilnego bazującego na PKI obejmującego szyfrowanie na terminalu i bezpieczną transmisję danych, b) przynajmniej jedno dotyczyć powinno systemu opartego na terminalach mobilnych, w ramach którego dostarczono co najmniej 400 szt. urządzeń mobilnych wraz z oprogramowaniem do ich zarządzania oraz infrastrukturą pozwalającą na zastosowanie w terminalach bezpiecznego klucza publicznego przechowywanego na karcie chipowej”. Nadto dodał, iż dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadzie spełnia/nie spełnia, a dodatkowo wykonawcy, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu „w sekcji III.2.3.” mogą otrzymać punkty, w zależności od ilości wskazanych w „Wykazie A” wdrożeń, przy czym do składania ofert zostanie zaproszonych maksymalnie 5 wykonawców, którzy w ramach obiektywnych kryteriów wyboru otrzymają największą ilość punktów.

Odwołujący w załączeniu do wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu złożył „Załącznik 10 – Wykaz-A usług wykonanych (zakończone-zrealizowane) obejmujących swym zakresem zakończenie i wdrożenie co najmniej 2 kompleksowych systemów informatycznych pracujących z wykorzystaniem terminali mobilnych o rodzaju podobnym do przedmiotu zamówienia” (s. 152-161 wniosku) zawierający 7 wyszczególnionych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi wskazane w wykazie, a o których mowa w pkt 2.17. wniosku zostały wykonane należycie (s. 162-175 wniosku).

Pismem z dnia 8 grudnia 2008 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymaganych zgodnie z pkt III.2.3) Ogłoszenia, tj. „Wykazu A”, wskazując, iż poza usługami wykonanymi dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz Elavon Financial Services Ltd. żadna z pozostałych usług nie spełnia jego wymagań, jednocześnie

podkreślając, że niezuzpełnienie dokumentu w wyznaczonym terminie spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika obowiązek żądania uzuzpełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w dwóch sytuacjach, tj.: wtedy, gdy wykonawcy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, albo też wtedy, gdy wykonawcy złożyli dokumenty zawierające błędy. W orzecznictwie, wcześniej zespołów arbitrów, a aktualnie KIO, jak też orzecznictwie sądów okręgowych, rozpoznających skargi na orzeczenia KIO, oraz w doktrynie ukształtował się już jednolity pogląd, że przez błąd w dokumencie należy rozumieć również taką sytuację, gdy dokumenty przedłożone przez wykonawcę nie wypełniają wymogów zamawiającego co do postawionego warunku udziału w postępowaniu. Przedmiotowy przepis pozwala na uzuzpełnienie zarówno oświadczeń i dokumentów, o których stanowią 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. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

Bezspornym jest, iż Odwołujący, jak oświadczył Zamawiający zarówno w rozstrzygnięciu protestu, i w piśmie z dnia 7 stycznia 2009 r., będącym odpowiedzią na odwołanie, a co potwierdził także na rozprawie, spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w wykonywaniu kompleksowych systemów informatycznych, tj. usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Ze złożonego „Wykazu A” – zdaniem Zamawiającego - wynika bowiem, iż postawione wymagania spełniają usługi wykonane dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz Elavon Financial Services Ltd.

Tak więc „Wykaz A” potwierdza, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, przy czym ów dokument („Wykaz A”), jest także dokumentem, w oparciu o który zostanie jednocześnie dokonana klasyfikacja wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert, ale tylko w liczbie określonej w ogłoszeniu, jak również tylko ci wykonawcy, którzy otrzymają największą liczbę punktów za spełnienie postawionych warunków i wymogów.

Powstaje więc pytanie, czy Zamawiający mógł wezwać Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzuzpełnienia dokumentu „Wykazu A”, a więc dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy z przedmiotowego dokumentu wynika, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ale ów dokument stanowi także podstawę przyznania, bądź nie punktów za zrealizowanie wdrożeń wymaganych w ogłoszeniu, a więc jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, co następuje:

Bezsprzecznie dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny potwierdzać spełnianie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, ale i postawionych przez niego wymagań.

W myśl art. 25 ustawy Pzp Zamawiający może weryfikować nie tylko zdolność do wykonania zamówienia (poprzez ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu), ale i zgodność oferowanych przez wykonawcę usług z postawionymi wymaganiami. Zamawiający zweryfikował zdolność do wykonania zamówienia, jednoznacznie stwierdzając, iż Odwołujący spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu (powyższe potwierdzają dwie ze wskazanych usług). Jednocześnie stwierdził, co wynika ze złożonych przez niego oświadczeń, iż Odwołujący w zakresie pozostałych usług nie spełnia jego wymogów, tym samym przedstawione na tę okoliczność dokumenty zawierają błędy.

W przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, nie wystarczy, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu. Poza ustaleniem, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać weryfikacji spełnienia przez tych wykonawców warunków podmiotowych, zgodnie z treścią ogłoszenia, tj. zgodnie z opisem sposobu przyznawania punktów w zakresie danego warunku (wymogi Zamawiającego). Każdy wykonawca, który spełnia warunek podmiotowy lepiej niż inny wykonawca, otrzymuje większą ilość punktów – odpowiednią do określonej w treści ogłoszenia i przedstawionymi przez wykonawcę dokumentami. Dlatego też niezwykle istotnym jest w takiej sytuacji, aby Zamawiający dokładnie wyjaśnił w odniesieniu do każdej pozycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, ale i wymogów Zamawiającego, co do przyznawania punktacji za spełnienie warunków udziału, czy usługa wskazana w danej pozycji istotnie spełnia bądź nie postawiony warunek i wymóg, zwłaszcza, że od tego jest uzależnione dalsze uczestnictwo w postępowaniu wykonawcy (zaproszenie do składania ofert). Zamawiający może tych wyjaśnień dokonywać na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (wyjaśnienia dokumentów), jak i ust. 3 przywołanego artykułu ustawy Pzp (uzupełnienie dokumentów) w zależności od potrzeby w danym przypadku i stanie faktycznym.

Ustawa nie przesądza, w przypadku postępowań wieloetapowych, konkretnego momentu postępowania, w którym należy wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający musi dokonać tych czynności na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtedy też następuje ewentualne wystąpienie o uzupełnienie stwierdzonych przez Zamawiającego braków w dokumencie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający mógł, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać Odwołującego do

uzupełnienia „Wykazu A”. Dokument ten należy bowiem potraktować jako dokument, o którym stanowi § 3 przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. czyli dokument, którego Zamawiający może żądać od wykonawcy. Brak złożenia tego dokumentu w wyniku wezwania do uzupełnienia lub błędne jego złożenie w konsekwencji nie stanowi jednak o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ te potwierdzają dwie wykazywane usługi. Tym samym nieuzupełnienie dokumentu nie może spowodować wykluczenia Odwołującego z postępowania. Samo wezwanie do uzupełnienia „Wykazu A” nie powoduje naruszenia przepisów ustawy Pzp i Zamawiający mógł to uczynić – pod warunkiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Niemniej jednak wykluczenie Odwołującego z postępowania jest możliwe tylko w przypadkach enumeratywnie wymienionych w przepisach i Zamawiający niewątpliwie błędnie pouczył Odwołującego o skutkach nieuzupełnienia dokumentu, stwierdzając to jednoznacznie w rozstrzygnięciu protestu, odpowiedzi na odwołanie, jak i oświadczając to na rozprawie.

Tym samym stwierdzić należy, że w tym zakresie zarzut podniesiony przez Odwołującego potwierdził się. Skład orzekający Izby nie uwzględnił jednak na tej podstawie odwołania, uznając, iż w sprawie znajdzie zastosowanie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika, że Izba uwzględni odwołanie, jedynie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec ustalenia przez Izbę, że w niniejszej sprawie wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było zasadne, tylko skutek wskazany w tym wezwaniu był sformułowany przez Zamawiającego bezprawnie stwierdzić należało, że naruszenie Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania w postaci oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero bowiem skorzystanie przez Zamawiającego z zastrzeżonej w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów sankcji i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu naruszyłoby przepisy ustawy Pzp, co podlegałoby odrębnemu zaskarżeniu w trybie protestu i odwołania i wpływało na wynik oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy samo wezwanie do uzupełnienia dokumentów było zasadne, uwzględnienie odwołania i nakazywanie Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, byłoby sprzeczne z dyspozycją przywołanego art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, a ponadto byłoby czynnością zbędną nie licującą z zasadą szybkości postępowania odwoławczego.

Na marginesie należy podnieść, że co do merytorycznej oceny przez Izbę wezwania do uzupełniania dokumentów, w kontekście oceny, czy pozostałe – obok dwóch bezspornych usług - spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego, skład orzekający Izby stwierdził, że brak było podstaw do zanegowania zasadności tego wezwania. Odwołujący bowiem, poza ogólnymi stwierdzeniami, iż wszystkie wyszczególnione w „Wykazie A” usługi

spełniają wymagania ogłoszenia, nie podjął w tym zakresie żadnych działań, argumentacji i nie sformułował żadnych zarzutów, mających na celu chociażby uprawdopodobnieniu faktu, że pozostałe wykazane przez niego usługi wypełniają warunki Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655; Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....