

Sygn. akt: KIO/UZP 162/09

WYROK
z dnia 27 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Ewa Jankowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** protestu z dnia 23 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 524 zł 66 gr** (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **13 475 zł 34 gr** (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery grosze) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

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

Zamawiający – Narodowy Bank Polski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w formie trzyletniej umowy serwisowej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z póź. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31.10.2008 roku, nr 2008/ S 212 - 282008.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 6 135 719,57 zł. , co stanowi 1 582 553,86 euro.

Odrębnymi pismami z dnia 14 stycznia 2009 roku, doręczonymi Wykonawcom kolejnego dnia, Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez ComArch S.A., Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. oraz Microsoft Sp. z o.o. i w konsekwencji o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynności Zamawiającego stały się przedmiotem protestu złożonego w dniu 26 stycznia przez Odwołującego – ComArch S.A.

Powodem wykluczenia Odwołującego – ComArch S.A. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty – zgodnie z zawiadomieniem o wykluczeniu i odrzuceniu z dnia 14.01.2009 roku- był brak wskazania w uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokumentach, „wartości” wykonanych lub wykonywanych usług, co stanowi niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2 b siwz.

Czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz czynność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stała się przyczyną wniesienia protestu przez Odwołującego w dniu 26 stycznia 2009 roku (pismo z dnia 23 stycznia), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez wykluczenie Odwołującego, pomimo że spełnia on wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp - przez uznanie oferty Odwołującego za ofertę podlegającą odrzuceniu, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - przez unieważnienie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, pomimo iż w przedmiotowym postępowaniu złożona została oferta przez Odwołującego, która to oferta nie podlega odrzuceniu, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
4. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 26 ust. 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z uwagi na rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału, a dokonane przez Zamawiającego wezwanie

o uzupełnienie i uzupełnienie złożone przez Odwołującego nie może przesądzać o rzekomym niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wartość usług wykonywanych wykazywanych przez niego.
2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wartości usług wykonywanych i wykazywanych przez niego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na brak ważnych ofert, wskazując że oferta Odwołującego jest ofertą ważną, nie podlegającą odrzuceniu a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Kwestionując zasadność wykluczenia Odwołującego wskazał, że Zamawiający w postawionym w rozdziale V siwz warunku udziału w postępowaniu nie żądał podania określonej czy minimalnej wartości usług, a więc nie może wykluczyć wykonawcy, który tych wartości nie wskazał. Zwrócił uwagę na okoliczność, że Zamawiający może żądać jedynie dokumentów i oświadczeń skorelowanych z postawionymi warunkami a wymagane przez Zamawiającego dokumenty nie mogą być oderwane od celu, jakim jest potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Podniósł, iż postanowienia SIWZ jako podstawowego dokumentu, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia są wiążące dla Zamawiającego - jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej określonych podczas oceny ich spełnienia przez wykonawców. Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego, dokonał czynności uzupełnienia wykazu wykonanych usług na wzorze załącznika nr 5, sporządzonego przez Zamawiającego i spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający, tworząc zapis dotyczący dokumentu, jaki należy złożyć (Rozdział V pkt 7 siwz) na potwierdzenie spełnienia warunku (Rozdział IV, pkt 1.2. b siwz), nie wziął pod uwagę okoliczności, iż warunek udziału w postępowaniu sformułował w nieco węższym zakresie niż wymóg co do dokumentu tzn. bez żądania podania wartości. Odwołujący wskazał, że w przypadku rozbieżności między postawionym warunkiem, a treścią dokumentu

żądanego na potwierdzenie spełnienia warunku, należy brać pod uwagę warunek (jako pewnego rodzaju "constans"), bowiem zapisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane mogą być, w granicach wskazanych przepisami, dostosowywane przez Zamawiającego do postawionych warunków.

Nie ulega wątpliwości, iż „konstrukcja aktu prawnego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, gdzie jest określony rodzaj dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy zakłada, że nie można żądać od wykonawców innych dokumentów lub zawierających więcej informacji niż wymienione w rozporządzeniu. Nie ma jednak przeszkód, aby Zamawiający żądał mniejszą ilość dokumentów lub zawierających mniejszą ilość informacji albo też w ogóle zrezygnował z żądania takich dokumentów, zadawalając się jedynie stosownymi oświadczeniami." (wyrok ZA z 8.03.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/O-394/05).

Odwołujący powołał się także na ugruntowane orzecznictwo, zgodnie z którym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych postanowień siwz, a wszelkie wątpliwości co do interpretacji jej postanowień należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Skoro, zatem Zamawiający wyraźnie nie określił w warunkach udziału w postępowaniu wymogu wskazania wartości wykonanych usług to nie sposób przyjąć, że z zakresu informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy wraz z ofertą ten obowiązek wynikał. Wskazał także na Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2006 r. (sygn. akt II Ca 455/06), z którego wynika, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może służyć poprawianiu i precyzowaniu treści siwz, co uczynił Zamawiający wykluczając Odwołującego z powodu nie podania wartości wykonanych usług w uzupełnionym dokumencie.

Powołując się na powyższy wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu wskazał, że „art. 38 ust. 1 ustawy Pzp ani żaden inny przepis tej ustawy nie nakłada na wykonawców obowiązku żądania wyjaśnień treści siwz w przypadku powstania jakichkolwiek niejasności, ani też nie wprowadza zasady obciążenia wykonawcy negatywnymi skutkami braku żądania wyjaśnień, nawet w przypadku, gdy taka potrzeba obiektywnie istniała”.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość co do uzupełnionych dokumentów, to miał obowiązek zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie ich treści. Wniosek taki wynika również z treści wyroku z dnia 17 stycznia 2008 roku KIO/ UZP 58/08.

Reasumując stwierdził, że działanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równości podmiotów, z uwagi na to, że dokonując unieważnienia postępowania bez realnej podstawy prawnej naruszył przepisy ustawy, które zakazują podejmować decyzji

o unieważnieniu swobodnie, wedle swego uznania. (podobnie wyrok z dnia 8 lutego 2008 roku, Sygn. akt KIO/UZP 36/08).

Do postępowania protestacyjnego po stronie Odwołującego zgłosił swoje przystąpienie w dniu 29 stycznia 2009 roku – Bazy i Systemu Bankowe Sp. z o.o. i wniósł o uwzględnienie protestu w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 4, art. 26 ust.3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Przystępujący zgłosił żądania:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Przystępującego do protestu, a w konsekwencji czynności odrzucenia oferty Przystępującego do protestu z niniejszego postępowania,
2. unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. ponowne dokonanie oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Przystępującego do protestu
4. wybór oferty Przystępującego do protestu jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 4 lutego 2009 roku, doręczonym Odwołującemu tego samego dnia, Zamawiający protest oddalił, wskazując że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał złożenia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie prac, w zakresie określonym w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2.b. , a więc z podaniem wartości przedmiotu zamówienia. Dokumenty dostarczone na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: wykaz zrealizowanych lub realizowanych prac oraz list referencyjny, nie podają wartości wykonanych lub wykonywanych usług, zatem Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, sytuacji tej nie można naprawić w drodze ponownego złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż droga ta została już wyczerpana a wyjaśnienie w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp byłoby w istocie uzupełnieniem dokumentu o brakujące informacje, zatem czynność taka byłaby sprzeczna z prawem. Zamawiający przyznał, że istotnie we wzorze załącznika nr 5 nie wyodrębnił rubryki „wartość prac” ale takie wyodrębnienie – wobec jasnych wymagań siwz – nie było konieczne. Wartość prac mogła być podana przy opisie wykonanych/ wykonywanych prac lub w załączonych referencjach. Zamawiający wskazał, że w przypadku wątpliwości związanych z interpretacją postanowień siwz i załączników, Odwołujący mógł skorzystać z prawa zadawania pytań, czego nie uczynił. Podniósł, że również pozostałe zarzuty zawarte w proteście są nieuzasadnione, unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stało się konieczne ze względu na odrzucenie pozostałych ofert. Zamawiający wskazał, że nie naruszył art.

7 ustawy Pzp - każdemu z wykonawców postawił te same warunki udziału a Zamawiający nie może ponosić konsekwencji, jeśli to wykonawca nie skorzystał z przysługujących mu ustawowych uprawnień.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 13 lutego 2009 roku, wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując argumenty zawarte w proteście i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o nakazanie:

1. zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wartość usług wykonywanych i wykazywanych przez Odwołującego.
2. zastosowania przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wartości usług wykonywanych i wykazywanych przez Odwołującego.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 13 lutego 2009 roku.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty Odwołującego oraz po wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

W rozdziale IV p.n. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, Zamawiający wskazał w pkt 1.2. b, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w realizacji usług, których przedmiot oraz zakres realizowanej pracy zbliżony był do niniejszego zamówienia, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, świadczyli lub świadczą usługi wsparcia technicznego dla oprogramowania Microsoft w grupach serwerów, systemów operacyjnych i aplikacji desktop w sieci rozproszonej w strukturze domenowej Windows.

W rozdziale V p.n. Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą, wymagał załączenia - Wykazu wykonanych lub wykonywanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat usług o podobnym do niniejszego zamówienia zakresie (sporządzonego wg wzoru stanowiącego ZAŁĄCZNIK Nr 5 do SIWZ), a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te były wykonane lub są wykonywane należycie (np. protokół odbioru prac u Usługobiorcy, referencje, oświadczenie lub inny dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane lub wykonywane należycie) – wystawiony przed upływem terminu składania ofert. Przez realizację usług zbliżonych zakresem do przedmiotu zamówienia Zamawiający uznaje świadczone przez Wykonawcę usługi wdrożenia eksploatacyjnego i/lub obsługi serwisowej oprogramowania Microsoft w sieciach rozległych, w których:

- wykonawca świadczył lub świadczy usługi dla produktów Microsoft Windows Servers 2003 i 2008, oraz Microsoft Terminal Services, oraz Microsoft Systems Management Server 2003 i System Center Configuration Manager 2007, oraz Microsoft System Center Operation Manager 2007, oraz Microsoft Identity Integration Server 2003, oraz Microsoft SQL Server 2000/2005, oraz Microsoft Internet Security and Acceleration Server 2006, oraz Microsoft SharePoint Server 2003, oraz Microsoft Project Server 2003, oraz PKI -Infrastruktury Klucza Publicznego opartej na technologii Microsoft Server 2003 w celu mocnego uwierzytelnienia użytkowników i szyfrowania plików w oparciu o technologię VPN i logowania z użyciem kart mikroprocesorowych, oraz
- występowało co najmniej 10 lokalizacji połączonych siecią WAN, co najmniej 50 serwerów Windows oraz co najmniej 3000 stacji roboczych, oraz
- Wykonawca świadczył wsparcie techniczne w trybie 7x24x365 w postaci zdalnego wsparcia telefonicznego oraz wsparcia w siedzibie odbiorcy (on-site).

W załączniku nr 5 do siwz, wg którego należało sporządzić wykaz zrealizowanych lub realizowanych prac, Zamawiający wymagał podania dla wymienionego oprogramowania (zgodnie z wymienionymi tam kolumnami): zakresu wykonywanych prac (wdrożenie eksploatacyjne i/lub obsługa serwisowa), daty realizacji usługi, nazwy odbiorcy świadczonych usług, deklaracji tak/ nie na pytanie czy występowało co najmniej 10 lokalizacji połączonych siecią WAN oraz co najmniej 50 serwerów Windows oraz co najmniej 3000 stacji roboczych a także wskazania tak/ nie – czy zostały złożone dokumenty potwierdzające wykonywane usługi.

Odwołujący – ComArch S.A. w złożonej ofercie nie przedstawił wymaganego wykazu potwierdzającego posiadane doświadczenie. Stosowny wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie złożył dopiero na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 6 stycznia 2009 roku, czyli w zakreślonym przez Zamawiającego terminie na uzupełnienie dokumentów.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2009 roku, poinformował Odwołującego o wykluczeniu do udziału w postępowaniu, powołując się na przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 10 z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując że „ w żadnym ze złożonych dokumentów Odwołujący nie podał wartości wykonanych lub wykonywanych usług. W ten sposób nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.2.b .

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, skład orzekający Izby zważył:

Na wstępie skład orzekający Izby uznał, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, w szczególności nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do tego, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego dotyczą w istocie postanowień siwz i są zarzutami spóźnionymi. Podniesione przez Odwołującego zarzuty dotyczą niezgodnego z przepisami wykluczenia go z udziału w postępowaniu i unieważnienia postępowania, czyli okoliczności o których powziął informację w dniu 15 stycznia 2009 roku. Kwestią sporną między stronami nie jest ocena zgodności z przepisami postanowień siwz, ale ocena czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego. Zatem zarzuty zostały zgłoszone w ustawowym terminie i podlegają rozpoznaniu na rozprawie.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, podnoszący zarzuty dotyczące niezgodnego z prawem wykluczenia oraz unieważnienia postępowania, posiada interes prawny, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania. Potwierdzenie się bowiem zarzutów Odwołującego stwarza mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Oceniając zasadność czynności podjętych przez Zamawiającego, Izba dokonała przede wszystkim analizy treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IV. 1.2. b i stwierdziła, że z literalnego brzmienia tego postanowienia wynika, że Zamawiający nie żądał wykazania się przez Wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia konkretną wartością usług wykonanych lub wykonywanych. Warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykazania się realizacją zamówień o zbliżonym charakterze tj. przedmiocie i zakresie do zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania

a nie odnosił się w żaden sposób do wartości usług potwierdzających wymagane doświadczenie.

Stanowisko Zamawiającego, wyrażone w trakcie rozprawy, że pod pojęciem „zakres realizowanej pracy zbliżony do niniejszego zamówienia” mieści się wymaganie dotyczące wskazania wartości realizowanych lub zrealizowanych usług nie zasługuje na uznanie. Twierdzeniu temu zaprzecza wprost sformułowanie rozdziału V. 7, zdanie drugie siwz, gdzie Zamawiający wyjaśnił, co rozumie pod pojęciem „usług zbliżonych zakresem do przedmiotu zamówienia”, wskazując, że są to usługi wdrożenia eksploatacyjnego i/lub obsługi serwisowej oprogramowania Microsoft w sieciach rozległych, w których:

- wykonawca świadczył lub świadczy usługi dla produktów Microsoft Windows Servers 2003 i 2008, oraz Microsoft Terminal Services, oraz Microsoft Systems Management Server 2003 i System Center Configuration Manager 2007, oraz Microsoft System Center Operation Manager 2007, oraz Microsoft Identity Integration Server 2003, oraz Microsoft SQL Server 2000/2005, oraz Microsoft Internet Security and Acceleration Server 2006, oraz Microsoft SharePoint Server 2003, oraz Microsoft Project Server 2003, oraz PKI -Infrastruktury Klucza Publicznego opartej na technologii Microsoft Server 2003 w celu mocnego uwierzytelnienia użytkowników i szyfrowania plików w oparciu o technologię VPN i logowania z użyciem kart mikroprocesorowych, oraz
- występowało co najmniej 10 lokalizacji połączonych siecią WAN, co najmniej 50 serwerów Windows oraz co najmniej 3000 stacji roboczych, oraz
- wykonawca świadczył wsparcie techniczne w trybie 7x24x365 w postaci zdalnego wsparcia telefonicznego oraz wsparcia w siedzibie odbiorcy (on-site).

Tą samą definicję „usług zbliżonych zakresem do przedmiotu zamówienia” Zamawiający powtórzył na stronie drugiej załącznika nr 5 do siwz, który stanowił wzór wykazu usług wykonanych lub wykonywanych.

Skład orzekający Izby, zwraca uwagę na okoliczność, że istotnie Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IV.1.2 b w sposób węższy niż wymóg co do dokumentu potwierdzającego ten warunek, jednak takim działaniem nie naruszył przepisów prawa.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący warunków udziału w postępowaniu ma bowiem charakter blankietowy, a obowiązkiem Zamawiającego formułującego warunki udziału w postępowaniu jest doprecyzowanie pojęcia „niezbędna wiedza i doświadczenie”, tak aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający może zatem określić w siwz, że za

wykonawców, którzy posiadają „niezbędną wiedzę i doświadczenie” uzna takich, którzy wykażą się realizacją zamówień odpowiadających swoim rodzajem czy wartością usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Istotne jest to, że katalog dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu musi odpowiadać, korelować z postawionymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zatem żądać dokumentów lub informacji, które nie służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż takie dokumenty należy uznać za zbędne. Wniosek taki wypływa z treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wymóg żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu może dotyczyć wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu może żądać również złożenia mniejszej ilości dokumentów lub złożenia dokumentów, które będą potwierdzały tylko wybrane przez Zamawiającego informacje np. wartość usług lub wyłącznie ich zakres przedmiotowy. W zaistniałym stanie faktycznym, Zamawiający nie sformułował w warunku udziału w postępowaniu wymogu co do wartości zamówienia, sprecyzował natomiast wymóg co do zakresu przedmiotowego, który w jego ocenie winni spełnić wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu. A zatem za wykonawców posiadających „niezbędną wiedzę i doświadczenie” uznał takich, którzy wykazali się ściśle przez Zamawiającego określonymi usługami wdrożenia eksploatacyjnego i/lub obsługi serwisowej oprogramowania Microsoft w sieciach rozległych, bez względu na wartość wykazanych usług.

Wobec tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby na etapie oceny ofert, wykluczyć wykonawcę, który nie podał, nie wymaganych przecież w warunku, informacji o wartości realizowanych lub zrealizowanych usług. Informację dotyczącą „wartości zrealizowanych usług” należy uznać zatem za informację zbędną i bezprzedmiotową dla oceny kwalifikacji podmiotu do udziału w postępowaniu i oceny jego zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przesłanka, powołana przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu tj. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp pozwala na wykluczenie wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp.

Tylko zatem jednoznaczne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w siwz może stanowić skuteczną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, samo zaś stwierdzenie braku podania informacji o „wartości usług” w sytuacji gdy wymóg ten nie był określony w siwz, nie może decydować o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego skład orzekający Izby, uznał, że nieuzasadnionym jest wykluczenie Odwołującego z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto, zdaniem składu orzekającego Izby, wobec braku, w zaistniałym stanie faktycznym, korelacji pomiędzy warunkiem wymaganego doświadczenia określonym w rozdziale IV. 1.2 b a dokumentem potwierdzającym ten warunek wskazanym w rozdziale V. 7 siwz, istotnym dla oceny kwalifikacji podmiotu do udziału w postępowaniu jest treść określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu a nie dokumentu, który ma potwierdzać ten warunek.

Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający nie tylko nie wskazał na konieczność podania informacji o „wartości usług” w warunku udziału w postępowaniu, określonym w rozdziale IV. 1.2 b ale także nie ujął tej informacji w tabeli załącznika nr 5 do siwz, stanowiącej wzór w oparciu o który należało sporządzić wymagany wykaz wykonanych lub wykonywanych przez Wykonawcę usług o podobnym do niniejszego zamówienia zakresie, który to dokument sporządzony przez Zamawiającego miał potwierdzać spełnienie określonego przez niego warunku.

Skład orzekający Izby, popiera w tym zakresie ugruntowane już stanowisko orzecznictwa i doktryny, że wykonawca który działa w zaufaniu i dobrej wierze do sporządzonych przez Zamawiającego dokumentów, w tym wzorów załączników do siwz, nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych czy niejasnych postanowień siwz.

Na marginesie skład orzekający Izby, nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, że skoro postanowienia siwz budziły wątpliwości i były niejasne to Wykonawca mógł skorzystać z prawa zadawania pytań w trakcie trwania procedury. Należy wskazać, że postanowienia siwz dotyczące warunku udziału w postępowaniu były dla Odwołującego sformułowane w sposób jasny i precyzyjny i wynikało z nich, w ocenie Odwołującego, że nie jest konieczne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu podanie informacji o wartości usług. Ponadto wskazać należy, że przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawnieniem dla wykonawców a nie ich obowiązkiem, a zatem brak skorzystania z jego dyspozycji, nawet gdyby uznać, że postanowienia siwz mogły budzić wątpliwości, nie może pociągać negatywnych konsekwencji ze strony wykonawców, którzy z tego uprawnienia nie skorzystali.

Wobec uznania, że czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, skład orzekający Izby, uznał, w konsekwencji, że unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp było nieuzasadnione.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę na okoliczność, że niniejsze rozstrzygnięcie ma charakter indywidualny i odnosi jedynie skutek wobec podmiotów, będących stronami niniejszego postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego i dotyczące naruszenia art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Z uwagi na uwzględnienie powyższych zarzutów, skład orzekający Izby uznał za bezprzedmiotowe rozpatrywanie zarzutów, podniesionych przez Odwołującego jedynie z ostrożności procesowej, dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba uznała, że wykazane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, zatem zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 a i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

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 ze zmianami) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*