

Sygn. akt: KIO 1570/11

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz TECHELON Sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, ul. Matejki 59, 60-770 Poznań,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, ERG Transit Systems AB oraz ELGEBa Geratebau GmbH**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz TECHELON Sp. z o.o., i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz TECHELON Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz TECHELON Sp. z o.o., na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu, ul. Matejki 59, 60-770 Poznań, kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Dostawę, instalację oraz konfigurację systemu do obsługi Poznańskiej Elektronicznej Karty Aglomeracyjnej (PEKA)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 4 stycznia 2011 r., poz. 2011/S 1-001446. Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (pełnomocnik) oraz TECHELON Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym kwestionowali oni prawidłowość czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 60d ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 48 ust. 2 pkt a) ppkt ii) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, dokonując oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, błędnie nie uwzględnił doświadczenia firmy FARA ASA, partnera Odwołującego, tj. podmiotu trzeciego, na którego wiedzy i doświadczeniu polega Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Prawa zamówień publicznych mimo, iż Odwołujący wykazał, że firma FARA ASA posiada duże doświadczenie i zobowiązała się do udziału w realizacji zamówienia po stronie Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący został sklasyfikowany na 6 pozycji rankingu wykonawców i został pozbawiony możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Zamawiający przewidział zaproszenie do udziału w dialogu jedynie pięciu wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyników oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców,
- 2) dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego,

- 3) uwzględnienia przy ocenie spełniania warunków doświadczenia partnera Odwołującego, firmy FARA ASA,
- 4) ponownego poinformowania wykonawców biorących udział w postępowaniu w wynikach oceny spełniania warunków.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie - w odpowiedzi na wezwanie do jego uzupełnienia - złożył we wskazanym terminie uzupełnienie tego wniosku o brakujące lub wadliwe dokumenty. Odwołujący twierdził, iż pozyskał do współpracy przy realizacji zamówienia bardzo doświadczonego wykonawcę - norweską spółkę FARA ASA i, działając w trybie przewidzianym art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, wykazał możliwość polegania na jej wiedzy i doświadczeniu. Dokonując w dniu 5 maja br. oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców, Zamawiający wysoko ocenił potencjał Odwołującego i przyznał mu wysoką, gwarantującą zakwalifikowanie do udziału w postępowaniu, pozycję.

Na wynik oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu część wykonawców wniosła odwołania. Ponieważ żadne z odwołań nie dotyczyło oceny przyznanej Odwołującemu i - niezależnie od rozstrzygnięcia tych odwołań pozycja Odwołującego jako zakwalifikowanego do udziału w postępowaniu nie była zagrożona - Odwołujący w swojej ocenie nie miał żadnego interesu w przystępowaniu do postępowań odwoławczych.

W wyniku rozstrzygnięcia odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą Zamawiający dokonał ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wyniku powtórzenia tej czynności Zamawiający nie tylko zmienił dokonaną wcześniej ocenę wniosków złożonych przez odwołujących, ale również zmienił ocenę wniosku złożonego przez Odwołującego, naruszając w ten sposób w ocenie Odwołującego szereg przepisów.

Przedmiotem uprzednio wniesionych odwołań były decyzje Zamawiającego co do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez innych wykonawców, konkurentów Odwołującego. Zarzucali oni Zamawiającemu wadliwą ocenę ich wniosków, przy czym zdaniem Odwołującego, żaden z nich nie podnosił zarzutów mogących, nawet per analogiam, mieć zastosowanie do wniosku złożonego przez Odwołującego. Również żądania tych wykonawców ograniczały się do dokonania ponownej oceny ich wniosków.

KIO nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), a zarzuty dotyczyły wyłącznie wniosków złożonych przez odwołujących - ponowna ocena spełniania warunków dokonana przez Zamawiającego powinna dotyczyć zdaniem Odwołującego tylko tych wniosków. Dokonana pierwotnie ocena pozostałych wniosków, niezależnie od tego, czy w jej wyniku

zostały one ocenione wysoko, czy dokonana ocena skutkowałą wykluczeniem wykonawcy nie mogła ulec zmianie. W tym zakresie decyzja Zamawiającego, jako nie zaskarżona poprzez wniesienie odwołania była według Odwołującego ostateczna.

Wyjątkowo zdaniem Odwołującego dopuszcza się zmianę decyzji zamawiającego co do wniosku (oferty) innego wykonawcy, niż wnoszący odwołanie, ale jedynie w sytuacji, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania zamawiający uzyska świadomość, że np. na podstawie tych samych przesłanek odrzucił kilka ofert (wykluczył kilku wykonawców). Jeżeli jeden z pokrzywdzonych wykonawców wniesie odwołanie i uzyska wyrok stwierdzający brak podstaw do jego wykluczenia (odrzućenia jego oferty) - powtarzając czynności zamawiający powinien zweryfikować swoją niesłuszną decyzję względem wszystkich ofert (wniosków) obarczonych tym samym błędem. Konieczność takiego działania wynika wprost z zasady równego traktowania wykonawców: jeżeli zostanie wyrokiem KIO potwierdzone konkretne rozstrzygnięcie w stosunku do jednej oferty (wniosku), to samo rozstrzygnięcie powinno zostać podjęte wobec innych ofert (wniosków) znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej. Należy jednak podkreślić, że w omawianym przypadku sytuacja ta nie ma miejsca, gdyż odwołania dotyczące wyników oceny spełniania warunków w tym postępowaniu nie miały żadnego związku z wnioskiem Odwołującego. Wyroki, które zapadły w żaden sposób nie mogą wpływać na zmianę oceny przyznanej pierwotnie Odwołującemu. Zmieniając swoją pierwotną ocenę wniosku Odwołującego, Zamawiający nie tylko w ocenie Odwołującego działał bezprawnie i wyszedł daleko poza czynności nakazane mu przez KIO, ale również zniweczył podstawowy cel wprowadzonych kilka lat temu zmian ustawy Prawa zamówień publicznych, mianowicie koncentracji środków ochrony prawnej. Działając w ten sposób Zamawiający nigdy nie zakończy przedmiotowego postępowania.

Reasumując, Odwołując twierdził, że pierwotnie dokonana przez Zamawiającego ocena wniosku Odwołującego nie może zostać zmieniona, gdyż nie została zakwestionowana i nie pojawiły się żadne nowe okoliczności uzasadniające taką zmianę.

Odnosząc się do merytorycznego uzasadnienia dokonanej zmiany zawartego w nowej informacji o wynikach oceny spełniania warunków Odwołujący podnosił, co następuje.

Zamawiający nie uwzględnił całości doświadczenia firmy FARA ASA, partnera Odwołującego z uzasadnieniem zawartym w tabeli załączonej do informacji o wynikach oceny spełniania warunków: „z treści nie wynika, że usługi zostały wykonane należycie (lub słowo równoważne do „należycie”) ani jaki wykonawca był dostawcą systemu”. Komentarz ten dotyczy referencji załączonych do wniosku. Zarzut ten nie jest uzasadniony według Odwołującego z następujących przyczyn:

A. Wniosek o dopuszczenie do udziału (podobnie jak ofertę) należy czytać jako całość, jako wzajemnie się uzupełniające oświadczenie wykonawcy. W szczególności łącznie należy

czytać żądane przez Zamawiającego i przedłożone przez Odwołującego: „Wykaz wykonanych dostaw / usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców” oraz „dokumenty potwierdzające, że te dostawy / usługi zostały wykonane należycie”. Informacje zawarte w Wykazie oraz informacje zawarte w referencjach wzajemnie się uzupełniają. Utrwalony jest pogląd, iż oba dokumenty łącznie winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji Zamawiający nie może wymagać, aby informacje zawarte w referencjach potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd należałoby uznać, za rażąco sprzeczny z podstawowym celem prawa zamówień publicznych, jakim jest swoboda dostępu do zamówień publicznych. Cel ten jest również podstawowym uzasadnieniem regulacji europejskich w zakresie zamówień publicznych (vide Preambuła Dyrektywy 18/2004, a zwłaszcza jej punkt (2)).

- B. Odwołujący sporządził Wykaz zawierając w nim wszystkie wymagane informacje niezbędne dla wykazania spełniania warunku. Do Wykazu zostały załączone referencje uzyskane m. in. od firmy FARA ASA. Referencje te zostały przez partnera Odwołującego pozyskane w ciągu ostatnich trzech lat w wyniku wykonania szeregu zamówień na rzecz różnych klientów. Kształt tych referencji odpowiada standardom stosowanym zarówno w Norwegii, jak i innych krajach, w których FARA ASA świadczyła swoje usługi. Na potwierdzenie tego Odwołujący do odwołania załączył oświadczenie firmy FARA ASA i oświadczył, że jego partner nie dysponuje żadnymi innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień i nie widzi ani możliwości, ani potrzeby ich zmiany, uzupełnienia lub występowania do swoich klientów o wystawienie innych, dodatkowych dokumentów. Referencje w tej postaci stanowiły wielokrotnie wystarczające potwierdzenie dla klientów publicznych, stosujących prawo zamówień publicznych zgodnie z przepisami UE wiarygodności spółki FARA ASA (większość jej klientów to podmioty podobne do Zamawiającego).
- C. Odwołujący sporządził Wykaz zawierający nie tylko wszystkie wymagane informacje („z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców”), ale również niezbędne informacje dodatkowe. Widząc przekazane przez partnera referencje, na których brak jest wskazania nazwy wykonawcy, firmy FARA ASA, Odwołujący rozszerzył wymagane informacje o wskazanie wykonawcy każdego z zamówień ujętych w Wykazie. Łącznie czytając Wykaz i referencje Zamawiający nie może mieć wątpliwości, kto był wykonawcą zamówień wskazanych w referencjach. Wniosek Odwołującego jest w tym zakresie jednoznaczny i jasno potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w znacznie większym stopniu, niż to zostało uznane przez Zamawiającego.

D. Jeśli chodzi o brak w treści referencji sformułowania o należyтым wykonaniu zamówienia, należy jeszcze raz podkreślić, że załączone referencje dotyczą spółki norweskiej, zostały wystawione przez jej klientów według standardów innych od obowiązujących w Polsce i są powszechnie akceptowane zarówno na terenie Norwegii, jak i innych państw skandynawskich, w tym należących do Unii Europejskiej. Jest to w pełni zrozumiałe, zważywszy na brzmienie art. 48 ust. 2 pkt a) ppkt ii) tiret pierwsze Dyrektywy 18/2004, który stanowi, że: „dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

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

— w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca - w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ."

Dyrektywa dopuszcza przedłożenie, jako wystarczającego dowodu „zaświadczenia wydanego lub poświadczonego przez właściwy organ" nie formułując żadnych dodatkowych wymagań, np. co do treści, która miałaby potwierdzać jednoznacznie należyte wykonanie zamówienia.

Choć więc na gruncie polskiego Prawa zamówień publicznych przyjęło się (lecz budzi wątpliwości) żądanie, aby treść referencji jednoznacznie potwierdzała należyte wykonanie usługi lub dostawy, żądanie to jest nadmierne i nie mające uzasadnienia w prawie UE. Jako takie nie powinno być zdaniem Odwołującego egzekwowane wobec podmiotów z innych państw, które muszą mieć zapewniony swobodny, niedyskryminacyjny dostęp do polskich zamówień publicznych, mimo, że dysponują referencjami odbiegającymi od standardów przyjętych w Polsce. Jako przykład ugruntowanej praktyki w tym zakresie należy wskazać akceptowanie referencji wystawianych przez czeskich zamawiających, które sporządzane są na formularzu narzuconym lokalnymi przepisami, który to formularz również nie zawiera sformułowania o należyтым wykonaniu umowy.

E. Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do wykonawcy zamówień wskazanych w referencjach lub co do należytego wykonania tych zadań, winien najpierw zażądać od Odwołującego stosownych wyjaśnień. Wszystkie informacje zawarte w niniejszym odwołaniu mogły być przekazane Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający mógłby również potwierdzić należyte wykonanie przez firmę FARA ASA zamówień przez nią wykonanych bezpośrednio u jej klientów, co jest powszechnie stosowaną praktyką. Rezygnując z żądania wyjaśnień, mimo obowiązku ich żądania przed ewentualnym odrzuceniem oferty, Zamawiający podjął niesłuszną decyzję, nie uwzględniając specyfiki rynku zamówień publicznych w krajach

skandynawskich i bez uwzględnienia regulacji Dyrektywy 18/2004 przy interpretacji przepisów polskiego prawa zamówień publicznych.

Podsumowując, Odwołujący twierdził, że:

- 1) Zamawiający uzyskał jedyne istniejące dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień przez firmę FARA ASA, ich uzupełnienie o inne dokumenty nie jest możliwe,
- 2) dokumenty te spełniają wymagania określone w Dyrektywie 18/2004, w świetle których należy interpretować postanowienia polskiej ustawy Prawa zamówień publicznych oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów,
- 3) dokumenty te w wystarczający sposób potwierdzają doświadczenie firmy FARA ASA, co znalazło wielokrotnie wyraz w postaci powierzenia tej firmie realizacji zamówień publicznych na terenie Unii Europejskiej.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i złożył odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do kwestii formalnych, podnoszonych przez Odwołującego, powoływał się na orzeczenie sygn. akt UZP/ZO-136/06, w którym Zespół Arbitrów wskazał na konieczność przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców przy ocenie ofert. Tak samo z orzeczenia sygn. akt KIO 159/11 wynika uprawnienie Zamawiającego do oceny wszystkich ofert z zachowaniem tych samych zasad.

Zamawiający zauważył, że orzeczenie sygn. akt KIO 1024/11, w którym Izba odnosiła się do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zdefiniowało (tj. wskazało na właściwą interpretację) znaczenie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, dlatego Zamawiający, badając ponownie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zastosował zasady określone orzeczeniem KIO do wszystkich wniosków. Stąd wzięła się różnica w punktacji wniosku Odwołującego - przy poprzedniej ocenie otrzymał 210 pkt, natomiast w nowej ocenie - 120 pkt, ponieważ nie zaliczono pracy z pozycji 4 i 19 wykazu, wcześniej punktowanych. Zamawiający podkreślał, że pozycje wykazu 6-18, kwestionowane w odwołaniu, dotyczące spółki norweskiej, były ocenione identycznie przy pierwszej ocenie ofert, co wynika zresztą z protokołu będącego podstawą pisma z dnia 5 maja 2011 r.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazywał, że z przepisów jednoznacznie wynika, że wskazanie należytego wykonania prac musi się znaleźć w zaświadczeniu. Dyrektywy rzeczywiście nie nakładają takiego obowiązku, ale nie obowiązują bezpośrednio wobec wyraźnego wskazania w polskim przepisie. Zamawiający

podnosił, że nie musi się znaleźć określone sformułowanie w zaświadczeniu, niemniej jednak z dokumentów powinno wynikać potwierdzenie należytego wykonania usługi. Przywołuje orzeczenie sygn. akt KIO 926/11, 1013/11.

Ponadto Zamawiający podnosił, że Odwołujący już był wzywany do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia, bowiem do wniosku nie dołączono żadnych dokumentów. Natomiast wskazuje, że orzeczenie sygn. akt KIO 1024/11 ograniczyło zakres, w którym zamawiający mógłby wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień z trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, czy Odwołujący po wycofaniu odwołania sygn. akt KIO 1021/11, zwracał się do niego z wnioskiem o udostępnienie protokołu będącego podstawą oceny, oświadczył, że Odwołujący dopiero po drugiej ocenie wnioskował o udostępnienie dokumentów. Ponadto Zamawiający zauważył, iż Odwołujący w taki sposób postawił zarzuty odwołania, że zasadniczo sprowadzają się one do kwestionowania ogłoszenia i wykazu dokumentów, których Zamawiający żądał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, ERG Transit Systems AB oraz ELGEBa Geratebau GmbH.

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

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena warunków udziału w postępowaniu, a Odwołującemu przyznano by większą ilość punktów za doświadczenia, Odwołujący zostałby zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania i miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ gdyby Odwołującemu przyznano wskutek odwołania większą ilość punktów, Przystępujący mógłby otrzymać 6 miejsce w rankingu wykonawców, co uniemożliwiłoby mu dalszy udział w postępowaniu (zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu pkt IV.1.2 Zamawiający zaprosi do dialogu pięciu wykonawców). Wobec wykazania interesu i zgłoszenia przystąpienia w terminie, Izba uznała, że Przystępujący przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący do wniosku nie załączył ani wykazu wykonanych dostaw, ani dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, wobec czego Zamawiający w dniu 17 marca 2011 r. wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia.
2. Przy piśmie z dnia 23 marca 2011 r. Odwołujący odpowiedział na wezwanie, składając wykaz i mające go potwierdzać dokumenty. W zaświadczeniach mających potwierdzać należyte wykonanie dotychczasowych zamówień przez spółkę norweską (zamówienia opisane w pozycjach 6-18 wykazu) brak wskazania, że prace zostały wykonane w sposób należyty i brak wskazania podmiotu, który miał wykonać wskazane zamówienia.
3. W dniu 5 maja 2011 r. Zamawiający dokonał oceny wniosków, przyznając Odwołującemu 210 punktów, jednak nie wskazał podstaw faktycznych takiej oceny (tzn. nie podał, za które pozycje wykazu zostały przyznane punkty).
4. W dniu 16 maja 2011 r. Odwołujący złożył odwołanie, oznaczone sygn. akt KIO 1021/11, w którym kwestionował czynność Zamawiającego z 5 maja br., a mianowicie sposób oceny, tzn. brak podania rzeczywistych powodów przyznania określonej liczby punktów za doświadczenie. Odwołujący podnosił, iż wskutek ww. czynności Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych. Wskazywał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia polega na tym, iż Odwołujący złożył skutecznie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji cały czas ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Potencjalna szkoda natomiast polega na tym, iż w przypadku zmiany oceny spełnienia warunków udziału innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, przy jednoczesnym nieuzasadnionym ograniczeniu liczby punktów przyznanych Odwołującemu, Odwołujący może stracić możliwość udziału w postępowaniu, a tym samym utraci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił, iż już na podstawie jedynie podstawowego kryterium przyznawania punktów, jako oceny spełniania warunków zamówienia Odwołujący powinien otrzymać 200 pkt. W kryterium zaś dodatkowym Odwołujący powinien otrzymać 305 pkt., Zamawiający jednakże przyznał Odwołującemu 210 pkt. W konsekwencji w odwołaniu sygn. akt KIO 1021/11 Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 60d Prawa zamówień

- publicznych i wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu ponownego, poprawnego dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wycofał odwołanie, w związku z czym zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania sygn. akt KIO 1021/11.
5. Odwołujący po pierwszej ocenie wniosków nie wnosił o zapoznanie się z protokołem postępowania, w którym wskazywano na sposób przyznawania punktacji za poszczególne pozycje wykazu – uczynił to dopiero po drugiej ocenie wniosków, która nastąpiła w dniu 13 lipca 2011 r.
 6. Zamawiający w dniu 13 lipca br. powtórzył czynność oceny wniosków, w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1024/11 i przyznał Odwołującemu 120 punktów, co skutkowało sklasyfikowaniem Odwołującego na 6 pozycji, a więc poza kręgiem wykonawców co do których przewidywane jest zaproszenie do dialogu.
 7. Jak wynika z protokołu, poprzedzającego poprzednią ocenę ofert z dnia 5 maja 2011 r. (który to protokół nie został upubliczniony, a Odwołujący o jego udostępnienie nie wnosił, zaś odwołanie dotyczące lakonicznego uzasadnienia oceny wniosków wycofał), Zamawiający nie zaliczył Odwołującemu do prac punktowanych doświadczenia podmiotu trzeciego, spółki norweskiej (pozycje 6-18 wykazu), a to z powodu, iż z przedłożonych dokumentów, mających potwierdzać że prace zostały wykonane należycie, nie wynikał ani fakt ich należytego wykonania, ani też nie podano w nich nazwy podmiotu, który dane prace miał wykonywać.
 8. Informując wykonawców o ponownej ocenie ofert w dniu 13 lipca 2011 r., Zamawiający upublicznił również protokół ze szczegółowej oceny poszczególnych wniosków. Poza odmową przyznania punktów za pozycje 6-18 wykazu Odwołującego (z uzasadnieniem faktycznym identycznym, jak w protokole poprzedzającym ocenę z dnia 5 maja br.), Zamawiający nie przyznał również punktów za pozycje 4 i 19 wykazu (które to pozycje nie były kwestionowane w rozpatrywanym odwołaniu).
 9. W rozpatrywanym odwołaniu Odwołujący zakwestionował czynność Zamawiającego z dnia 13 lipca 2011 r. w dwóch aspektach: po pierwsze w aspekcie formalnym, wskazując, że Zamawiający nie miał prawa dokonać nowej oceny wniosku Odwołującego, skoro nie dotyczyło go żadne z dotychczasowych odwołań, a Odwołujący do nich nie przystępował, bowiem nie miał w tym interesu (nowa ocena skutkowałą zmianą liczby przyznanych punktów z 210 na 120, co z kolei spowodowało zmianę statusu Odwołującego w postępowaniu), a po drugie – Odwołujący kwestionował decyzję Zamawiającego merytorycznie, wskazując, że Zamawiający nie przyznał błędnie punktów za pozycje 6-18 wykazu, gdyż powinien był uznać przedłożone mu referencje, chociaż nie potwierdzają, że zamówienia zostały wykonane należycie, ani nie wskazują

na podmiot który zamówienia zrealizował (w ocenie Odwołującego, ze względu na fakt, że prawo europejskie nie określa treści zaświadczeń o należywym wykonaniu zamówień, powyższe braki nie mają znaczenia dla ich oceny).

Odnosząc się do aspektu formalnego podnoszonych zarzutów, Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, dokonując weryfikacji uprzednio wykonanej przez siebie czynności badania i oceny wniosków. Pomijając kwestie sporne w doktrynie, tj. zagadnienie, czy taka czynność, w której Zamawiający dokonuje autopoprawki uprzednio dokonanej przez siebie czynności jest możliwa (prawidłowa), Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie ma wątpliwości, że Zamawiający powtórzył czynność oceny wniosków w związku z orzeczeniem sygn. akt KIO 1024/11, stąd nowa ocena wniosków, w tym wniosku Odwołującego. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że Izba w uzasadnieniu sygn. akt KIO 1024/11 wskazała, jak należy rozumieć warunek udziału w postępowaniu, określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, i pod tym kątem, z zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, Zamawiający powtórzył ocenę doświadczenia zaprezentowanego we wszystkich wnioskach złożonych w postępowaniu, w tym wniosku Odwołującego. Tak więc był to przypadek możliwej zmiany wcześniejszej decyzji Zamawiającego, którą sam Odwołujący dopuszczał w swoich wywodach zaprezentowanych w odwołaniu („Konieczność takiego działania wynika wprost z zasady równego traktowania wykonawców: jeżeli zostanie wyrokiem KIO potwierdzone konkretne rozstrzygnięcie w stosunku do jednej oferty (wniosku), to samo rozstrzygnięcie powinno zostać podjęte wobec innych ofert (wniosków) znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej.”). Konsekwencją nowej oceny z 15 lipca był brak przyznania punktów za pozycje 4 i 19 wykazu, stąd też zmniejszenie ilości punktów przyznanych Odwołującemu za posiadane doświadczenie.

Odwołujący w rozpatrywanym obecnie odwołaniu, kwestionując ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego i sposobu przyznawania punktów, zarzucał Zamawiającemu niewłaściwą ocenę pozycji 6-18 wykazu, która to ocena była identyczna z oceną z dnia 5 maja 2011 r. Ze względu na powyższe, Izba rozważała odrzucenie odwołania na posiedzeniu, jednak zważywszy, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, termin na kwestionowanie decyzji Zamawiającego nie biegnie od momentu, kiedy wykonawca powziął wiadomość o jej podstawie, ale od daty czynności Zamawiającego, Izba ostatecznie uznała, że Odwołujący kwestionując czynność Zamawiającego z dnia 13 lipca br. (a więc nową czynność, skutkującą nową, gorszą punktacją dla Odwołującego) wniósł odwołanie w terminie. Wdaje się, że Odwołujący nie miał pełnej wiedzy, które pozycje (4 i 19) zadecydowały o zmniejszeniu ilości przyznanych

punktów przy ponownej ocenie, jednak zauważyć trzeba, że z wiedzy tej sam zrezygnował – wycofując odwołanie sygn. akt KIO 1021/11, w którym wskazywał na lakoniczność uzasadnienia oceny, a ponadto nie żądając protokołu będącego podstawą pierwszej oceny. Powyższe wątpliwości jednak Izba rozstrzygnęła na korzyść Odwołującego, tj. decydując o merytorycznym rozpatrzeniu odwołania.

Izba uznała, że nie zaistniały również przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, bowiem w odwołaniu sygn. akt KIO 1021/11 Odwołujący w istocie kwestionował lakoniczne uzasadnienie oceny ofert, a zarzuty obecnie rozpatrywanego odwołania odnoszą się do niewłaściwej – zdaniem Odwołującego – oceny Zamawiającego skonkretyzowanych zamówień, z pozycji 6-18 wykazu wykonanych zamówień.

Ponadto Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zawartym w odwołaniu, nie tylko przystępował on już do toczących się - w związku z oceną warunków udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - postępowań odwoławczych (sygn. akt KIO 1007/11, KIO 1024/11), ale również samodzielnie wnosił odwołanie (sygn. akt KIO 1021/11, o czym była mowa już wyżej), co jednak nie miało znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia, bowiem Izba uznała, że w rozpatrywanym odwołaniu Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego z 13 lipca br. (nową, niekorzystną dla Odwołującego ocenę doświadczenia).

Należy jednak zauważyć, że w związku z powyższym zarzuty Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasady koncentracji środków ochrony prawnej są chybione, bowiem to Odwołujący swoją uprzednią bierną postawą spowodował w istocie przedłużenie postępowania.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w aspekcie merytorycznym (tzn. w kwestii prawidłowości niezaliczenia do punktacji doświadczenia spółki norweskiej z poz. 6-18 wykazu), Izba stwierdziła, iż nie było sporne, iż Odwołujący nie został wykluczony z postępowania – Zamawiający uznał, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, jednak po zsumowaniu punktacji za doświadczenie wszystkich niewykluczonych z postępowania wykonawców, Odwołujący ostatecznie zajął 6 miejsce w rankingu, co uniemożliwiało mu dalszy udział w postępowaniu (Zamawiający przewidział zaproszenie do dalszego etapu tylko 5 wykonawców).

W doktrynie i orzecznictwie nie zostało jednoznacznie rozstrzygnięte, czy Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia może stosować procedurę uzupełniania dokumentów i wyjaśnień przewidzianą w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych tylko do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy również do dokumentów, mogących pozwolić na punktowanie

doświadczenia. Naczelną zasadą, którą powinien się kierować Zamawiający w tym względzie niewątpliwie jest zasada równego traktowania wykonawców, i Zamawiający, stosując się do wskazówek zawartych w orzeczeniu sygn. akt KIO 1024/11, zasady te w ocenie Izby zachował (Izba oceniała czynność Zamawiającego wyłącznie w granicach zarzutów podnoszonych w rozpatrywanym odwołaniu). Orzeczenie wskazywało, w jakim zakresie można wezwać do uzupełnień i wyjaśnień, oraz precyzowało sposób interpretacji – jednakowy dla wszystkich wykonawców – definicji warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Poza tym przede wszystkim w postępowaniu już raz Odwołujący był wezwany do przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie – wykazu i referencji, dlatego brak podstawy faktycznej i prawnej do kolejnego wzywania Odwołującego o przedłożenie tych samych dokumentów (albo innych, lecz potwierdzających stosowne doświadczenie spółki norweskiej FARA). Trudno też oczekiwać od Zamawiającego, że na tym etapie postępowania będzie wzywał Odwołującego do wyjaśnień dokumentów – mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto Odwołujący sam twierdził w odwołaniu, że już dalszych dokumentów i wyjaśnień złożyć nie może, a dokumenty dotyczące doświadczenia z poz. 6-18 wykazu są wystarczające.

Izba, odnosząc się do dokumentów, które Odwołujący złożył na potwierdzenie należytego wykonania zamówień z poz. 6-18 wykazu, ustaliła, że dokumenty te zostały sporządzone według jednego schematu: mają postać tabeli, w których w kolejnych wersach wskazano m.in. nazwę inwestora, zakres dostaw, czas projektu. Rzeczywiście brak stwierdzenia, czy dostawy zostały wykonane należyście, co ostatecznie można byłoby ewentualnie zaakceptować, jednak zaświadczenia te nie wskazują, kto był wykonawcą zamówienia. Pojawia się przy określeniu zakresu dostaw słowo „Fara” co może wskazywać na związek ze spółką FARA ASA, na którą powołuje się Odwołujący (strona 79, zamówienie na rzecz podmiotu określonego jako Helsinki Region Transport), jednak nie wiadomo, czy była ona wykonawcą całości zamówienia, czy części, a jeżeli części, to czy ta część odpowiada wymaganiom Zamawiającego (z tabeli na str. 79 wynika wyłącznie, że Fara była dostawcą sprzętu, a nie że dokonała wdrożenia systemu). O ile rzeczywiście coraz liberalniej ocenia się dokumenty pod względem tego, czy zawierają one w treści wyrażenie potwierdzające wprost należyte wykonanie zamówienia, to jednak powinny one poświadczać że określony podmiot dane zamówienie wykonał. Rację ma Odwołujący, że wykaz i zaświadczenia (referencje) powinny być analizowane łącznie, jako całość, jednak za dokumenty potwierdzające wykonanie danego zamówienia można zdaniem Izby uznać tylko takie dokumenty, które potwierdzają, że określony podmiot zamówienie wykonał. W przeciwnym wypadku, takim dokumentem „in blanco”, bez wskazania nazwy wykonawcy zamówienia, mógłby się posługiwać każdy podmiot. Z dokumentów przedłożonych przez

Odwołującego nie wynika, kto był wykonawcą zamówienia, a jedynie może wynikać, że Fara była dostawcą sprzętu (przynajmniej w odniesieniu do zamówienia wykonanego na rzecz Helsinki Region Transport).

Izba ustaliła, że Odwołujący utajnił wykaz i potwierdzające go dokumenty, w tym będące przedmiotem odwołania z poz. 6-18 wykazu. Utajnienie było przedmiotem odwołania sygn. akt KIO 1024/11, i Izba wówczas nakazała Zamawiającemu przeprowadzenie weryfikacji, czy zastrzeżenie tajemnicy było zasadne. Zamawiający, po dokonaniu czynności, zdecydował się pozostawić klauzulę tajności na dokumentach, aby nie naruszyć zasady równego traktowania wykonawców. Izba nie badała zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie było to przedmiotem odwołania, niemniej jednak zdecydowała się ujawnić powyżej nazwę jednego z inwestorów zamówień z poz. 6-18 (Helsinki Region Transport), aby skonkretyzować, który dokument jest analizowany w uzasadnieniu. Jest to zamawiający publiczny, co wskazano nawet w samym dokumencie ze strony 79, a więc nie ma powodów, aby powstrzymać się od ujawnienia jego nazwy. Sam Odwołujący zresztą powoływał się na okoliczność, że spółka norweska jest znana w środowisku obejmującym obszar wdrożeń. Podkreślić jednak trzeba, że Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku, wbrew twierdzeniom Odwołującego, opierać się na wiedzy powszechnej dotyczącej realizacji zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia, ani tym bardziej sam poszukiwać u dotychczasowych inwestorów potwierdzenia, kto wykonywał dane zamówienie i w jakim zakresie. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu i punktacja za doświadczenie powinna się opierać wyłącznie na dokumentach przedłożonych przez wykonawcę, ewentualnie na jego wyjaśnieniach. Nie oznacza to, że Zamawiający nigdy nie może weryfikować dostarczonych mu dokumentów (szczególnie jeżeli są wątpliwości co do ich prawdziwości), jednak jest to wyjątek od zasady, a nie reguła. Jeżeli Odwołujący nie był w stanie przedłożyć dokumentów, potwierdzających posiadanie punktowanego doświadczenia, to nie może tego ciężaru przenosić na Zamawiającego.

Zauważyć również należy, że Odwołujący decydując się na utajnienie wykazu i potwierdzających go dokumentów, zrezygnował z ich weryfikacji przez innych uczestników postępowania. W niniejszym postępowaniu, gdyby dokumenty, o które toczy się spór, były jawne, można przypuszczać, że byłyby one przedmiotem odwołań innych wykonawców, analogicznie jak w sprawie sygn. akt KIO 1024/11. Wówczas zostałyby one zweryfikowane na wcześniejszym etapie postępowania, dlatego tym bardziej trudno przyznać rację Odwołującemu, kiedy twierdzi, że naruszono w postępowaniu zasadę koncentracji środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego, nie stwierdzono wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....