

Sygn. akt: KIO 232/12

Sygn. akt: KIO 243/12

WYROK
z dnia 17 lutego 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Członkowie: **Bogdan Artymowicz**

Renata Tubisz

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa,**

B. w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sanawia S.A., GEOMAR S.A., ul. Suwalska 16, 93-176 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 232/12 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Intergraph Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 232/12 i sygn. akt KIO 243/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 232/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** oraz wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o., Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

Sygn. akt KIO 232/12

Sygn. akt KIO 243/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę i wdrożenie Krajowego Systemu Zarządzania Bazą Danych Obiektów Topograficznych wraz z asystą powdrożeniową i wsparciem gwarancyjnym w ramach projektu Georeferencyjna Baza Danych Obiektów Topograficznych (GBDOT) wraz z krajowym systemem zarządzania” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 201-327557 z dnia 19 października 2011 r.

Sygn. akt KIO 232/12

W dniu 3 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa (dalej „Odwołujący Fujitsu”) odwołanie od czynności zawiadomienia o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonanej przez Zamawiającego w Postępowaniu. Odwołujący Fujitsu wskazywał, iż uzyskał informację o podstawie do wniesienia odwołania w dniu 24 stycznia 2012 r. Biorąc pod uwagę art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wpływ 10-dniowego terminu wniesienia odwołania przypada na dzień 03 lutego 2012 r., w związku z czym odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.

Odwołujący Fujitsu zarzucał Zamawiającemu:

- 1) bezzasadne nieuwzględnienie przedłożonych przez Odwołującego Fujitsu dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu według kryteriów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu, skutkujące przyznaniem zerowej liczby punktów,
- 2) bezpodstawne uznanie, że Odwołujący Fujitsu nie zostanie zaproszony do złożenia oferty.

W ocenie Odwołującego Fujitsu Zamawiający w wyniku wadliwego rozstrzygnięcia oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b oraz art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp.

Odwołujący Fujitsu żądał nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i przeprowadzonej w tym zakresie oceny punktowej,
- 2) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przeprowadzenia w tym zakresie powtórnej oceny punktowej, uwzględniając w niej przedstawione dokumenty potwierdzające posiadane doświadczenie, obejmujące ustalenie, że Odwołujący Fujitsu zostanie zaproszony do złożenia oferty.

Jednocześnie Odwołujący Fujitsu wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący Fujitsu podnosił, iż składając wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego dotyczą obowiązków wynikających z obowiązujących przepisów prawa. Naruszenie powyższych obowiązków w przypadku Odwołującego Fujitsu skutkuje uniemożliwieniem ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia. W tych okolicznościach Odwołujący Fujitsu może ponieść szkodę wynikającą z uniemożliwienia uzyskania i wykonania tego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący Fujitsu wskazywał, iż w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział, że na potwierdzenie posiadania niezbędnego doświadczenia wykonawcy powinni wykazać się należytych wykonaniem usług wymienionych w lit. a)-c).

W sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ustalił, że:

- 1) zaproszonych do składania ofert zostanie 8 wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego opisanego w sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a)-c) ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie dokonywana na podstawie kryteriów A, B i C dotyczących doświadczenia zawodowego,
- 3) obliczenie kryteriów A, B i C będzie oparte o usługi wymienione w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego opisanego w sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a)-c) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący Fujitsu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu

ograniczonym zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący Fujitsu dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu złożone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oświadczenie podmiotu zobowiązującego się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w lit. a)-c). W odniesieniu do złożonych oświadczeń i dokumentów Odwołujący Fujitsu zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z pisma z dnia 24 stycznia 2012 r. wynika, że Zamawiający na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów stwierdził posiadanie przez Odwołującego Fujitsu doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający dokonał w ww. piśmie następujących ustaleń:

- 1) wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu złożyło 15 wykonawców, w tym Odwołujący Fujitsu,
- 2) 8 wykonawców, spośród których nie ma Odwołującego Fujitsu, uzyskało więcej niż 0 pkt i tym wykonawcom zostaną przekazane zaproszenia do składania ofert,
- 3) Odwołujący uzyskał 0 pkt i nie zostanie zaproszony do złożenia oferty, podobnie jak pozostałych 6 wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił jednocześnie w jaki sposób przeprowadził ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Powołał się nie tylko na postanowienia sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, lecz także na „Opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych” opublikowaną w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011 na str. 22-23.

Zamawiający m.in. przywołał zawarty na str. 23 Informatora UZP nr 11/2011 pogląd, iż:

„ (...) na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów

posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.”

Zamawiający nie uwzględnił zatem oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego Fujitsu w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, co zadecydowało o niskiej punktacji i w konsekwencji o odmowie zaproszenia do złożenia oferty.

Odwołujący Fujitsu nie zgadzał się z rozstrzygnięciem Zamawiającego ujętym w piśmie z dnia 24 stycznia 2012 r. i argumentacją użytą w tym celu, uzasadniającą czynność zaskarżoną w niniejszym odwołaniu. Wskazywał, że Zamawiający w piśmie z dnia 24 stycznia 2012 r. powołał się na autoryzowane przez Urząd Zamówień Publicznych opracowanie o tytule „Kontrola udzielania zamówień publicznych”. Podstawą tego opracowania były ustalenia dokonane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ujęte w kontekście poprawności stosowania przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w wybranych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Należy zatem wskazać, że opracowanie to nie jest dowodem co do treści prawa, a co najwyżej niewiążącą jego interpretacją, nie przesądzającą z góry co do poprawności działania Zamawiającego.

Dodawał, że żaden z przykładów ustaleń pokontrolnych przytoczonych w opracowaniu UZP nie wskazywał na zbieżność ze stanem faktycznym mającym miejsce w niniejszej sprawie. Również i ta okoliczność czyni argumentację UZP mniej przekonującą. Odwołujący wskazywał, iż warte jednak podkreślenia jest przede wszystkim to, że powoływany przez Zamawiającego tekst opracowania UZP ze str. 23 Informatora UZP nr 11/2011 dotyczy jednego z kilku wątków analizy stosowania przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Analiza tego elementu opracowania, jak się wydaje, została przeprowadzona na tyle powierzchownie, iż nie można uznać jej za przekonującą. Wniosek taki Odwołujący wywodził z faktu, iż sformułowana w niej aprobata zakazu powoływania się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełniania warunków udziału w postępowaniu została poparta jedynie bardzo ogólnymi argumentami odnoszącymi się do przestrzegania równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, pomijając przy tym inne obowiązujące przepisy prawa oraz utrwalone orzecznictwo.

Reasumując, Odwołujący Fujitsu wskazywał, iż przedmiotowe stanowisko UZP pozostawia wiele wątpliwości. Bazując tylko na ogólnym znaczeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 nie sposób wyjaśnić znaczenia przepisu art. 26 ust. 2b w kontekście zarówno przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2, jak i przepisów art. art. 51, bądź art. 57 ust. 3 albo art. 60d ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący Fujitsu podnosił, że dla wyjaśnienia przedmiotu niniejszego odwołania niezbędne jest wykazanie przynajmniej:

- 1) z których przepisów prawa wynika zakaz lub dopuszczalność powoływania się na zasoby podmiotów trzecich dla najlepszego spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) czy i jakie znaczenie ma treść opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu obligatoryjnie zamieszczany w ogłoszeniu o zamówieniu w celu przeprowadzenia oceny ich spełnienia na podstawie art. 51, bądź art. 57 ust. 3 albo art. 60d ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia Odwołujący wskazywał, że zarówno przepisy ustawy Pzp, a także przepisy wspólnotowe nie pozwalają na sformułowanie bezwzględnego zakazu dopuszczalności powoływania się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wynika to z faktu, że żaden bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy lub dyrektywy 2004/18/WE nie zawiera podstawy do ustanowienia tak generalnego zakazu. W szczególności zakazu takiego nie da się literalnie wskazać w przepisach art. 22, art. 24, art. 25, art. 26, art. 36, art. 41, art. 44, art. 48, art. 5, art. 57 ust. 3, czy art. 60d ust. 3 ustawy Pzp, które jak wiadomo dotyczą obowiązków w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Milczy również w tej sprawie § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817).

Co do znaczenia zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (przestrzeganie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji) za uzasadniony można uznać wniosek przeciwny do stanowiska UZP wyrażonego w Informatorze UZP nr 11/2011. Wszakże właśnie ograniczenie do powoływania się wyłącznie na zasoby własne w celu wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za naruszenie zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek bezpodstawnego ich uprzywilejowania wobec wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów (!). Na dopuszczalność powoływania się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazano niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu w wyroku KIO z 19 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1400/10, 1401/10) stwierdzono, że: „Izba nie podziela także stanowiska odwołującego Incom, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie

jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałyby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. W celu udowodnienia swojego stanowiska powołał się na przedłożone na rozprawie w poczet materiału dowodowego opinie ze strony internetowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2 b ustawy)” oraz „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Izba wyraża opinię, iż podstawą działania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, są obowiązujące przepisy. Opinia nie stanowi więc dowodu, co do treści prawa, lecz zawiera jego niewiążącą interpretację. Zdaniem Izby jednak także zaprezentowane przez odwołującego Incom opinie nie zawierają poglądów, na które się on powołuje. Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji do sytuacji, w której wykonawcy powołujący się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich, byłiby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale przewidują udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (przedstawiają np. odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu) i w konsekwencji powołują się na doświadczenie tego podmiotu (załączają referencje dotyczące zrealizowanego przez niego zamówienia oraz zawierają w wykazie zrealizowane przez podmiot trzeci dostawy). Ustawa nie zawiera postanowień, które uniemożliwiłyby wykonawcom samodzielnie wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, realizację zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Podkreślić trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego Incom rozumieniu omawianego przepisu sprzeciwia się także brzmienie art. 51 ust. 2 Pzp ustawy, który wprost wskazuje, że do składania ofert zamawiający zaprasza wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się także na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie muszą to być te same warunki, które służą weryfikacji minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, jednak ustawodawca nie rozróżnia tych sytuacji traktując je na gruncie m.in. art 26 ust. 2 b jednakowo.”

Podobnie, w wyroku z dnia 10 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1099/11) wskazano, że: „Izba zważyła, że literalna wykładnia przepisów art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp prowadzi do wniosku, że przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznawaniu punktacji należy brać pod uwagę wykazany przez wykonawcę potencjał, niezależnie od tego czy jest to potencjał własny tego wykonawcy, czy też potencjał

udostępniony przez podmioty trzecie.

Przepis art. 26 ust. 2 b nie różnicuje pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności nie wskazuje, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przeciwny pogląd prowadziłby de facto do dyskryminacji wykonawców, którzy dysponując potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2 b w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym, w którym kwalifikacja wykonawców następuje na podstawie dodatkowych kryteriów, w istocie, nie mieliby realnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pozycja takich wykonawców w postępowaniu stanowiłaby wyraz naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż przepis art. 26 ust. 2b Pzp umożliwia wykonawcy posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowej oraz prawo to zostało w przepisach ustawy Pzp w jakikolwiek sposób ograniczone.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie stwierdziła także naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1 - 2 Pzp, przez zawyżenie oceny przyznanej wykonawcy Max Bogl Polska Sp. z o.o.”.

Podniesione w zacytowanym orzecznictwie ustalenia i wnioski dotyczące braku podstaw prawnych do zakazania powoływania się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełniania warunków udziału w postępowaniu świadczą o tym, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu niesłusznie pominął oświadczenia i dokumenty dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu i nie przyznał z tego powodu odpowiadającej im liczby punktów stosownie do przyjętych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców.

W drugiej z postawionych kwestii tj. czy i jakie znaczenie ma treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczany w ogłoszeniu o zamówieniu w celu przeprowadzenia oceny ich spełniania Odwołujący wskazuje, że każdemu Zamawiającemu przysługuje autonomiczne prawo sformułowania tego opisu. Opis ten może prowadzić do podniesienia wymagań Zamawiającego wobec wykonawców i a przez to różnić się od opisu danego warunku udziału w postępowaniu, będącego podstawą do stwierdzenia jego spełniania.

Odpowiedź w tej sprawie jest pozytywna. Zamawiającemu wolno określić opis

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu np. poprzez nieuwzględnienie w tej ocenie zasobów podmiotów trzecich.

Zwracał przy tym na uwagę, że prawo do kształtowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym możliwe jest wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu. Prawo do modyfikacji tego opisu gaśnie natomiast z chwilą upływu terminu na składanie wyników o dopuszczenie do udziału w przetargu.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu ustalił, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ich znacznie poprzez uwzględnienie usług wymienionych w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego opisanego w sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a)-c) ogłoszenia o zamówieniu. Z treści sekcji IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu wynika jednoznacznie, że Zamawiający nie ograniczył w jakimkolwiek stopniu dopuszczalności powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w celu potwierdzenia najlepszego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie powinien przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu według ustalonych w ogłoszeniu kryteriów wyboru pomijać oświadczeń i dokumentów podmiotów trzecich, które wcześniej akceptował w związku z potwierdzeniem spełnienia warunków opisanych w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. Co więcej niedopuszczalne jest, aby Zamawiający po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu dokonywał zmian w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, narzucając Wykonawcom zawężającą interpretację prawa, nie mającą przy tym rzeczywistego poparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Konieczne jest zatem powtórzenie czynności opisanych na wstępie odwołania, w tym powtórzenie oceny punktowej. Na podstawie wyników tej oceny Odwołujący Fujitsu powinien być zaproszony do złożenia oferty, gdyż na podstawie oświadczeń i dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do przetargu powinien uzyskać pozycję rankingową uprawniającą do uzyskania tego zaproszenia. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 3 lutego 2012 r.

W dniu 6 lutego 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał im kopię odwołania.

W dniu 8 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Intergraph Polska sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-676 Warszawa (dalej „Intergraph”). Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego wniosek został przez Zamawiającego oceniony

poprzez przyznanie takiej liczby punktów, która spowodowała zaproszenie do złożenia oferty i podtrzymanie tego stanowiska Zamawiającego będzie skutkowało utrzymaniem tego statusu przez Intergraph. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 8 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sanawia S.A., ul. Suwalska 16, 93-337 Warszawa (lider), GEOMAR S.A., ul. Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin (dalej „Konsorcjum Sanawia-GEOMAR”). Konsorcjum Sanawia-GEOMAR podnosiło, iż w ramach oceny dokonywanej przez Zamawiającego otrzymało 0 pkt i nie zostało zaproszone do składania ofert, przy czym Zamawiający powołał się na treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazując, że wykonawca powołuje się wyłącznie na niezbędne do realizacji zamówienia zasoby podmiotu trzeciego. Zamawiający przytoczył pogląd z opinii Prezesa UZP wyrażonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011 str. 22-23. Z kontekstu przedstawionych przez Zamawiającego argumentów wynika, iż Zamawiający przy dokonaniu oceny Wykonawców nie uwzględnił w punktacji osób trzecich, na które Konsorcjum Sanawia-GEOMAR powoływało się zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z przyjęciem powyższego poglądu przez Zamawiającego Konsorcjum Sanawia-GEOMAR zostało gorzej ocenione niż niektóre inne podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji nie zostało dopuszczone do składania ofert, pomimo iż przedstawiony pogląd jest, zdaniem Konsorcjum Sanawia-GEOMAR, niesłuszny i niezgodny z przepisami ustawy Pzp oraz orzecznictwem. Z treści odwołania wynika, iż Odwołujący Fujitsu złożył odwołanie w związku z otrzymaniem pisma o niedopuszczeniu tego podmiotu do składania ofert w postępowaniu z uwagi na uzyskanie 0 punktów. W przypadku Odwołującego Fujitsu Zamawiający także powołał się na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz przytoczony pogląd Prezesa UZP, wskazując, iż miało to wpływ na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Odwołujący Fujitsu, podobnie jak Konsorcjum Sanawia-GEOMAR, polegało na zasobach podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w związku z czym przyjęte przez Zamawiającego stanowisko skutkowało niedopuszczeniem Odwołującego Fujitsu do składania ofert w postępowaniu. W odwołaniu Odwołujący Fujitsu wskazał na bezpodstawność stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Czynność Zamawiającego polegająca na niedopuszczeniu do składania ofert Konsorcjum Sanawia-GEOMAR i Odwołującego Fujitsu ma wpływ na wynik postępowania, jako że dokonana w oparciu o kryteria niezgodne z przepisami uniemożliwia tym podmiotom dalsze ubieganie się o

udzielenie zamówienia. Kryteria zastosowane przez Zamawiającego do uzasadnienia niedopuszczenia do składania ofert zarówno Konsorcjum Sanawia-GEOMAR, jak i Odwołującego Fujitsu są na tyle zbieżne, iż rozstrzygnięcie odwołania Odwołującego Fujitsu na korzyść tego podmiotu będzie miało bezpośrednie przełożenie na możliwość dalszego udziału Konsorcjum Sanawia-GEOMAR w postępowaniu i w konsekwencji uniknięcie szkody wynikającej z niedopuszczenia Konsorcjum Sanawia-GEOMAR do złożenia oferty i uniemożliwienia dalszego udziału w postępowaniu. Konsorcjum Sanawia-GEOMAR popierało w całości argumentację wskazaną przez Odwołującego Fujitsu. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu Fujitsu.

W dniu 9 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej „Comarch”). Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, iż w jego interesie leży uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego, co pozwoli na utrzymanie dokonanej zgodnie z przepisami ustawy Pzp oceny wniosku Comarch uznanego za spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyeliminowania Comarch z listy rankingowej wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu postępowania, co doprowadziłoby do utraty przez Comarch możliwości uzyskania ww zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu Fujitsu.

Sygn. akt KIO 243/12

W dniu 3 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesione zostało przez wykonawcę GISPartner Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław (dalej „Odwołujący GISPartner”) odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołujący GISPartner zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne nieudostępnienie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji postępowania, której to nieudostępnienie powoduje niemożność prawidłowej weryfikacji przez Odwołującego ilości przyznanych mu przez Zamawiającego punktów,
2. art. 51 ust. 1a ustawy Pzp przez nieprzekazanie Odwołującemu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w zakresie umożliwiającym weryfikację prawidłowości

- postępowania Zamawiającego,
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp przez błędną oceny wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a co za tym idzie zaniżenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu 3 punktów za usługi wykonane przez Odwołującego, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
 4. art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzyznanie, a co za tym idzie zaniżenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu 2 punktów za usługi wykonane przez podmiot udostępniający Odwołującemu wiedzę i doświadczenie, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów związanych z prowadzonym postępowaniem w tym protokołów z postępowania wraz z załącznikami i innymi dokumentami pozwalającymi na uzyskanie przez Odwołującego informacji odnośnie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności tego, za które wykazane zamówienia zostały poszczególnym wykonawcom przyznane punkty, ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 1 powyżej:
o nakazanie przekazania Odwołującemu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w zakresie umożliwiającym weryfikację prawidłowości postępowania Zamawiającego,
- 2) unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 3) ponownego badania wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji przyznanie wnioskowi Odwołującego GISPartner wyższej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, tj. 7 punktów,
- 4) przekazania informacji o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w zakresie umożliwiającym weryfikację prawidłowości postępowania Zamawiającego,
- 5) równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący wskazywał, że spełnia przesłanki określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia jako wykonawca, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i został zaproszony do złożenia oferty, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Zaniżenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego i sklasyfikowanie wniosku Odwołującego dopiero na 7 pozycji, w przypadku gdy jedynie 8 wykonawców jest zapraszanych do składania ofert, a w przedmiotowym postępowaniu 15 wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie gwarantuje Odwołującemu przejścia do drugiego etapu postępowania, gdyż pozostałym wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej w związku z niezaproszeniem ich do złożenia ofert i ich potencjalne uwzględnienie może spowodować, że w wyniku ponownej oceny wniosków Odwołujący nie zostanie zaproszony do złożenia ofert, jako podmiot, którego wniosek zostanie ostatecznie sklasyfikowany na pozycji niższej niż pozycja 8 i przez to utraci szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie nieprzekazanie odpowiedniej informacji o wynikach oceny wniosków i nieudostępnienie dokumentacji postępowania Odwołującemu GISPartner narusza jego prawo do tego, aby Postępowanie zostało prowadzone w sposób jawny, przejrzysty i nienaruszający zasady równości wykonawców oraz prawo do możliwości weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych w postępowaniu wniosków, a co za tym idzie prawo do należytej ochrony jego interesu polegającego na uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący GISPartner wskazywał, iż powiadomienie o wynikach oceny wniosków zostało przesłane drogą elektroniczną w dniu 25 stycznia 2012 r., natomiast zawiadomienie o ograniczeniu dostępu do dokumentacji postępowania zostało przekazane Odwołującemu w dniu 1 lutego 2012 r. Tym samym, niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący GISPartner wskazywał, iż w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji IV- „Procedura”, podsekcji IV. 1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

„Przewidywana liczba wykonawców: 8. Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Zamawiający zaprosi do składania ofert 8 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie dokonywana na podstawie następujących kryteriów: Kryterium A - Za każdą pojedynczą usługę zrealizowaną ponad warunek określony w pkt 1) lit. a) sekcji III.2.3 i spełniający minimalne wymagania,

Wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak łącznie nie więcej niż 3 punkty. Kryterium B - Za każdą pojedynczą usługą zrealizowaną ponad warunek określony w pkt 1) lit. b) sekcji III.2.3 i spełniający minimalne wymagania, Wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak łącznie nie więcej niż 3 punkty. Kryterium C - Za każdą pojedynczą usługę zrealizowaną ponad warunek określony w pkt 1) lit. c) sekcji III. 2.3 i spełniającą minimalne wymagania, Wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak łącznie nie więcej niż 3 punkty. Dla każdego Wykonawcy zostanie obliczona łączna suma punktów uzyskanych w kryteriach A, B, C z zastrzeżeniem warunku maksymalnej ilości punktów w danym kryterium. W przypadku, gdy po zastosowaniu wyżej wymienionych ocen w zakresie doświadczenia zawodowego nie będzie można dokonać zakwalifikowania 8 Wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej Wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, Zamawiający spośród nich wybierze tych Wykonawców, u których łączna wartość brutto usług, wykazanych we wniosku, dotyczących doświadczenia zawodowego i spełniających minimalne wymagania określone w pkt 1) sekcji III. 2.3 - będzie najwyższa, a jeśli nadal nie będzie można ograniczyć liczby Wykonawców do 8, to Zamawiający zaprosi do składania ofert tych Wykonawców, którzy zajęli miejsce ex aequo w klasyfikacji."

Jednocześnie w sekcji III.2.3 w pkt. 1 lit. a) do c) ww. ogłoszenia Zamawiający wskazał następujące usługi:

„ Wykonawca musi wykazać się należytych wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- a) co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto polegającej na opracowaniu i wdrożeniu systemu GIS;
- b) co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto polegającej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu bazodanowego, posiadającego interfejsy do systemów zewnętrznych;
- c) co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto polegającej na opracowaniu i wdrożeniu systemu wykorzystującego szynę usług.

Uwaga:

Wyżej wymienione usługi mogą być wykonane w ramach jednego lub odrębnych zamówień. Wykonawca określi w wykazie wartość brutto każdej wymienionej usługi, a w przypadku, gdy dwie lub więcej usług zostaną wykazane w ramach jednego zamówienia, Wykonawca określi wartość brutto osobno dla każdej z usług."

W związku z powyższym, Odwołujący GISPartner we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na potwierdzenie wykonania ww. usług złożył następujące dokumenty:

1. Załącznik nr 16 do wniosku - tj. wykaz usług obejmujący 6 pozycji - w tym 3 zamówienia na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt 1) lit. a) sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, 2 zamówienia na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt 1) lit. b) sekcji III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz jedno zamówienie na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt. 1) lit. c) sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.
2. Załącznik nr 19 do wniosku (w części niejawnego wniosku)- tj. wykaz usług -tajemnica przedsiębiorstwa obejmujący 4 pozycje - w tym 1 zamówienie na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt 1) lit. a) sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, 2 zamówienia na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt 1) lit. b) sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz jedno zamówienie na potwierdzenie usług, o których mowa w pkt 1) lit. c) sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Podsumowując, Odwołujący GISPartner wykazał 4 usługi w ramach Kryterium A, 4 usługi w ramach Kryterium B oraz 2 usługi w ramach Kryterium C. Zgodnie więc z określonym przez Zamawiającego sposobem oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jego wniosek winien dostać ocenę na poziomie 7 pkt (3 punkty w ramach Kryterium A, 3 punkty w ramach Kryterium B, 1 punkt w ramach Kryterium C). Tymczasem w dniu 25 stycznia 2012 r. Odwołujący GISPartner otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu, w której to informacji Zamawiający przedstawił wykaz wykonawców oraz zbiorczą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Według tego wykazu wniosek Odwołującego GISPartner został sklasyfikowany na 7 miejscu w rankingu, przy czym przyznano mu jedynie 2 punkty. Z przekazanej informacji w żaden sposób, nie wynika sposób oceny poszczególnych wskazanych przez Odwołującego GISPartner usług. Tabela dołączona do zawiadomienia o wynikach oceny wniosków zawiera jedynie informację o spełnieniu minimalnych warunków udziału w postępowaniu oraz łączną liczbę punktów przyznaną w ramach wszystkich kryteriów. Odwołujący GISPartner nie jest w stanie ocenić na podstawie treści przesłanego mu zawiadomienia, za które konkretnie usługi zostały przyznane mu punkty, a których usług Zamawiający nie brał pod uwagę w przyznaniu punktów dodatkowych i jakimi przesłankami kierował się przy ich nieprzyznaniu. Informacja dostarczona przez Zamawiającego zawiera jedynie ogólne przywołanie przez Zamawiającego opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonej w Informatorze Zamówień Publicznych nr 11/2011 na str. 22-23, wskazującej na stanowisko, iż w przypadku przydzielania punktów dodatkowych Zamawiający nie będzie brał pod uwagę zasobów podmiotów trzecich w zakresie doświadczenia. Jedynie na podstawie tej lakonicznej wskazówki Zamawiającego, Odwołujący GISPartner może przypuszczać, że Zamawiający nie przyznał mu 2 dodatkowych punktów za Kryterium B, gdyż w kryterium tym 2 spośród wykazanych przez

Odwołującego usług, zostały zrealizowane przez podmiot trzeci, użyczający Odwołującemu swych zasobów.

Zamawiający w żadnym miejscu w ogłoszeniu o zamówieniu nie wskazał, że przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie brał pod uwagę wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich jedynie w zakresie ograniczonym do spełnienia minimalnych warunków, ale nie będzie ich brał pod uwagę przy punktacji. Także przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy do różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu ze względu na podstawę wykazywanego przez wykonawców doświadczenia. W szczególności z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika, że skorzystanie przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu nie jest możliwe w celu wykazania doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który jest dodatkowo punktowany w ramach oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Jednakże nawet gdyby przyjąć, że właśnie za doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci nie powinny być przyznane punkty dodatkowe, to i tak wniosek Odwołującego GISPartner winien być oceniony na poziomie 5 punktów. Co za tym idzie, Odwołujący GISPartner powinien być sklasyfikowany na wyższej pozycji w rankingu. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego nie wszystkie usługi, które zostały wskazane we wniosku Odwołującego GISPartner, a które Odwołujący GISPartner wykonał sam, nie zostały uwzględnione przy punktacji.

W związku z powyższym, wobec braku możliwości weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego na podstawie otrzymanych informacji, w dniu 26 stycznia 2012 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie terminu wglądu do protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz wglądu do wniosków złożonych przez innych Wykonawców, w celu zapoznania się z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu, w taki sposób aby możliwym było uzyskanie informacji odnośnie tego, za które wykazane zamówienia zostały wykonawcom przyznane punkty. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na dzień 1 lutego 2012 r. do wglądu „do protokołu wraz z załącznikami”, przy czym zastrzegł, że udostępnienie będzie możliwe tylko w zakresie protokołu i wniosków bez możliwości wglądu do załączników do protokołu, powołując się na brzmienie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. W wyznaczonym terminie Odwołujący stawiał się u Zamawiającego i przeglądał oraz sfotografował udostępnioną dokumentację, jednakże na jej podstawie dalej nie jest w stanie zweryfikować dokonanej oceny jego wniosku.

Odwołujący GISPartner wskazał, że pomimo literalnego brzmienia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w jego ocenie Zamawiający jest zobowiązany do przekazania również

załączników do protokołu (obejmujących ocenę poszczególnych wniosków składanych przez wykonawców w zakresie przyznanej im punktacji) już od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyżej przywołany przepis, który stanowi, że te załączniki są udostępniane od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty, należy interpretować celowościowo, mając na względzie tryb w jakim przedmiotowe postępowanie się toczy. Pogląd ten jest zasadny tym bardziej, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom niezbędnych informacji o ocenie wniosków w piśmie doręczonym dnia 25 stycznia 2012 r. Nieprzekazanie tych informacji, zdaniem Odwołującego, narusza nadto art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien był powiadomić wykonawców o wynikach uzyskanych przez wykonawców w zakresie stopnia spełniania postawionych warunków tj. powinien był przesłać informacje, na podstawie których Odwołujący mógłby dokonać oceny, które z wykazanych przez niego zamówień nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Zamawiający tego nie uczynił, czym uniemożliwił Odwołującemu dokonanie kompleksowej weryfikacji działań Zamawiającego. Takie zachowanie Zamawiającego wraz z jego odmową ujawnienia załączników do protokołu, w sposób ewidentny narusza zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Dodatkowo powoduje, że Odwołujący GISPartner nie może sformułować konkretnych zarzutów merytorycznych w zakresie dokonanej przez Zamawiającego oceny jego wniosku, w terminie wynikającym z ustawy Pzp jako termin do wniesienia środków ochrony prawnej. Stąd Odwołujący GISPartner już w niniejszym odwołaniu podnosi, iż dokonana przez Zamawiającego ocena jego wniosku jest błędna i winna być powtórzona.

Reasumując, zdaniem Odwołującego GISPartner, należy stwierdzić, że powody przyznania wykonawcy określonej liczby punktów, która decyduje o dalszym uczestnictwie w postępowaniu lub o miejscu w rankingu wykonawców nie mogą być pozostawione domysłem wykonawcy. Z uwagi więc na powyższe odwołanie jest uzasadnione i winno być uwzględnione.

W dniu 6 lutego 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał im kopię odwołania.

W dniu 8 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Intergraph. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego wniosek został przez

Zamawiającego oceniony poprzez przyznanie takiej liczby punktów, która spowodowała zaroszenie do złożenia oferty i podtrzymanie tego stanowiska Zamawiającego będzie skutkowało utrzymaniem tego statusu przez Intergraph. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu GISPartner.

W dniu 9 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Comarch. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, iż w jego interesie leży uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego, co pozwoli na utrzymanie dokonanej zgodnie z przepisami ustawy Pzp oceny wniosku Comarch uznanego za spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyeliminowania Comarch z listy rankingowej wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego etapu postępowania, co doprowadziłoby do utraty przez Comarch możliwości uzyskania ww zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 232/12

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący Fujitsu spełnia też przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym. Zamawiający na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów stwierdził posiadanie przez Odwołującego Fujitsu wymaganego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a)-c) ogłoszenia o zamówieniu (spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia). Jednakże na potrzeby przyznania dodatkowej punktacji decydującej o zakwalifikowaniu się do grona wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, Zamawiający nie uwzględnił oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego Fujitsu w odniesieniu do udostępnionych na jego rzecz w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, co zdecydowało o niskiej punktacji, a w konsekwencji pozbawiło wykonawcę możliwości uzyskania zaproszenia do złożenia oferty i szans na uzyskanie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu wiązać się będzie z

koniecznością ponownego badania i oceny wniosku Odwołującego Fujitsu. Uzyska on tym samym możliwość zmiany uzyskanej przez siebie punktacji, a zarazem i swojego statusu w postępowaniu (możliwość uzyskania zaproszenia do składania ofert), czego na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców Intergraph oraz Comarch z uwagi na spełnienie przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała także skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Sanawia-GEOMAR z uwagi na spełnienie warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, wezwanie z dnia 18 listopada 2011 r. skierowane do Odwołującego Fujitsu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego Fujitsu wraz z uzupełnieniem dokonany w dniu 24 listopada 2011 r., informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 24 stycznia 2012 r., odwołanie, przystąpienia do postępowania odwoławczego Intergraph, Comarch i Konsorcjum Sanawia-GEOMAR.

Izba uznała, że odwołanie Odwołującego Fujitsu nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b oraz art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie na potrzeby przyznawania dodatkowej punktacji w ramach oceny wniosku przedłożonych przez Odwołującego Fujitsu dokumentów potwierdzających posiadaną wiedzę i doświadczenie udostępnione Odwołującemu Fujitsu w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba uznała, iż stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić

zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Znaczenie normatywne regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącej wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, sprowadza się zatem do stwierdzenia, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami. Brak posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego uniemożliwia bowiem takiemu wykonawcy samodzielne uczestnictwo w postępowaniu. Niezbędny charakter zasobów udostępnianych wyznacza zarazem granicę zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert przez wykonawców, którzy wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym (w oparciu o zasoby własne lub udostępnione w niezbędnym zakresie przez podmioty trzecie) i nie mieści się w hipotezie tego przepisu. Stanowisko takie zajęła np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2287/10, sygn. akt KIO 2307/10: „zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Stopień

spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenie do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p. Jakość spełnienia tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.” Warto wskazać, iż powyższy wyrok został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, który wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10, skargę oddalił i stwierdził w uzasadnieniu, że: „należy w całości podzielić argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.” Do analogicznych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO/ 2255/11, KIO/ 2260/11, KIO/ 2283/11, gdzie Izba uznała, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Tym samym w ocenie Izby już wykładnia literalna przepisu wskazuje na zakres jego zastosowania. Do powyższego wniosku skłania także wykładnia celowościowa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jak podnoszono na rozprawie celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 Nr 206 poz. 1591), wynika również z uzasadnienia do ww. nowelizacji ustawy Pzp. Tym samym celem ustawodawcy było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże przyjęcie założenia, iż zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykracza poza minimalny zakres warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie możliwości „użyczania” zasobów przez wykonawców jedynie dla podwyższenia punktacji i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Sprzyjałoby to zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozornej. W ocenie Izby prowadziłoby to także do sprzeczności z istotą przetargu ograniczonego, którego celem jest wyłonienie wykonawcy w

największym stopniu spełniającego oczekiwania zamawiającego. Skutkować może bowiem tym, że wykonawcy posiłkujący się wyłącznie doświadczeniem innych podmiotów uzyskają najlepszą punktację, zaś wykonawcy posiadający własne doświadczenie nie uzyskają zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający jedynie doświadczenie własne, który nie posiłkuje się doświadczeniem udostępnionym dla podwyższenia punktacji.

W ocenie Izby także wykładnia systematyczna przemawia za przyjęciem powyższego stanowiska. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje się bowiem w Rozdziale I Działu II ustawy Pzp, tj. w tym samym Rozdziale, co przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z wykładni systematycznej wysnuć można zatem zasadny wniosek, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu, tj. minimalnych wymogów, jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie ma zastosowania do przewidzianych w art. 51 ust. 2 ustawy Pzp ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: „Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie „na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...)”. Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiazaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Co do podnoszonych w odwołaniu okoliczności, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu nie ograniczył w żadnym stopniu możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich, co skutkuje tym iż na etapie oceny wniosków nie jest już uprawniony do zmian w tym zakresie, stwierdzić należy, co następuje. Zdaniem Izby okoliczność, czy

Zamawiający zawarł taki opis w treści ogłoszenia o zamówieniu, nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia. Tym samym niewskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji Zamawiający uwzględnić będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkuje niedopuszczalnością takiej oceny przez Zamawiającego, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący Fujitsu pominął okoliczność, iż wykaz usług potwierdzający wymaganą wiedzę i doświadczenie uzupełniony został przez niego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować „błędy”, niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tylko w takim zakresie. Tym samym, biorąc pod uwagę zasady wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający, oceniając wniosek Odwołującego Fujitsu, uwzględniłby wyłącznie te usługi, które dotyczyły spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, natomiast nie podlegałyby uwzględnieniu usługi przedstawione dla uzyskania dodatkowej punktacji.

W konsekwencji powyższego nie doszło także do naruszenia art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko wyrażone w tym zakresie w przywoływanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11: „Natomiast art. 51 ustawy Pzp dotyczy kwalifikacji wykonawców, a więc wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. I tak art. 51 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż kwalifikacji zostaną poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, przy uwzględnieniu postanowień tego przepisu. Z kolei art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że „jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.” Oznacza to, iż kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni

do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powinien bowiem podać spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie w większym lub mniejszym stopniu. Określony warunek ma więc mieć przypisaną wagę. Wykonawca otrzymuje bowiem punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym, lepszym stopniu. Zaproszeni do składania ofert powinni być bowiem ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, a co za tym idzie – odnosząc się do tego konkretnego przypadku - posiadają największe doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia. Regulacja zawarta w tym przepisie (art. 51 ustawy Pzp) służy więc innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 51 ustawy Pz) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a w kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił Zamawiającemu względną swobodę. Mogą one przecież „wykraczać poza te, co do których ustawodawca dopuścił udostępnianie przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, obejmując dodatkowo sytuację ekonomiczną; uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; niektóre z nich z natury mogą nie nadawać się do spełnienia funkcji dla których wprowadzono art. 51 ust. 2 ustawy” (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/2359/10”).

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania Odwołującego Fujitsu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 243/12

Izba stwierdziła, że, podobnie jak w przypadku odwołania Odwołującego Fujitsu, nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania Odwołującego GISPartner opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała również, że Odwołujący GISPartner spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła w tym zakresie odmiennego stanowiska Zamawiającego, uznając za zasadną argumentację przedstawioną

w odwołaniu. Odwołujący GISPartner podnosił bowiem, że zaniżenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego i sklasyfikowanie wniosku dopiero na 7 pozycji, w przypadku gdy jedynie 8 wykonawców jest zapraszanych do składania ofert, a w przedmiotowym postępowaniu 15 wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie gwarantuje Odwołującemu GISPartner przejścia do drugiego etapu postępowania. Pozostałym wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej w związku z niezaproszeniem ich do złożenia ofert i ich potencjalne uwzględnienie może spowodować, że w wyniku ponownej oceny wniosków Odwołujący GISPartner nie zostanie zaproszony do złożenia ofert, jako podmiot, którego wniosek zostanie ostatecznie sklasyfikowany na pozycji niższej niż pozycja 8 i przez to utraci szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym dokonana przez Zamawiającego ocena punktowa wniosku Odwołującego GISPartner, która obecnie pozwala mu na uzyskanie zaproszenia do składania ofert, mogłaby okazać się wówczas niewystarczająca. Równocześnie zdaniem Izby należy zauważyć, iż z uwagi na powoływanie się przez wykonawców składających wnioski na tajemnicę przedsiębiorstwa, pełna ocena możliwej do uzyskania punktacji w razie uruchomienia przez wykonawców środków ochrony prawnej nie jest przez Odwołującego GISPartner możliwa. Przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ocenia się na dzień wniesienia odwołania. Na tę datę Odwołujący GISPartner nie miał pewności, iż uzyskana przez niego punktacja gwarantuje uzyskanie zaproszenia do składania ofert. Jednocześnie zarzucane nieprzekazanie odpowiedniej informacji o wynikach oceny wniosków i nieudostępnienie dokumentacji postępowania Odwołującemu GISPartner narusza jego prawo do tego, aby postępowanie było prowadzone w sposób jawny, przejrzysty i nienaruszający zasady równości wykonawców oraz prawo do możliwości weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych w postępowaniu wniosków, a co za tym idzie prawo do należytej ochrony jego interesu polegającego na uzyskaniu zamówienia.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Intergraph. Wykonawca Comarch - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - na rozprawie, wobec oświadczenia Odwołującego GISPartner, iż cofa zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosku Odwołującego GISPartner o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzyznanie, a co za tym idzie zaniżenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu GISPartner 2 punktów za usługi wykonane przez podmiot udostępniający Odwołującemu GISPartner wiedzę i doświadczenie, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, cofnął przystąpienie do

postępowania odwoławczego. Izba uznała skuteczność przedmiotowego oświadczenia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 24 stycznia 2012 r., wniosek GISPartner, wniosek o udostępnienie dokumentacji z 26 stycznia 2012 r., odpowiedź Zamawiającego na przedmiotowy wniosek z dnia 30 stycznia 2011 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Intergraph, wyciąg z umowy nr ZP-18/2010 (1 str.).

Jak było to podnoszone powyżej, na rozprawie Odwołujący GISPartner cofnął zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosku Odwołującego GISPartner o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nieprzyznanie, a co za tym idzie zaniżenie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu 2 punktów za usługi wykonane przez podmiot udostępniający Odwołującemu wiedzę i doświadczenie, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zmodyfikował odpowiednio żądanie, ograniczając je do przyznania dodatkowych 3 punktów z tytułu usług wykonanych samodzielnie (łącznie ilość punktów powinna wynosić 5). Tym samym rozstrzygnięcie Izby dotyczy wyłącznie zarzutów objętych pozostałą podtrzymaną przez Odwołującego GISPartner częścią odwołania.

Izba uznała, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W zakresie poszczególnych zarzutów podnoszonych przez Odwołującego GISPartner Izba uznała, co następuje.

Odwołujący GISPartner zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne nieudostępnienie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji postępowania, której to nieudostępnienie powoduje niemożność prawidłowej weryfikacji przez Odwołującego GISPartner ilości przyznanych przez Zamawiającego punktów. Zarzucał także naruszenie art. 51 ust. 1a ustawy Pzp przez nieprzekazanie Odwołującemu GISPartner informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w zakresie umożliwiającym weryfikację prawidłowości postępowania Zamawiającego. Powyższe zarzuty Izba uznała za zasadne.

Przyjęta przez Zamawiającego literalna interpretacja art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą załączniki do protokołu z postępowania, w tym ocena punktowa wniosków, udostępniane są dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawcy mogliby zapoznać się z

istotnymi dla oceny wniosków dokumentami w momencie, w którym upłynęłyby już terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej na samą czynność oceny wniosków (por. wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 1818/10, KIO 1822/10). Zostaliby zatem pozbawieni faktycznej możliwości kontroli niezwykle istotnej czynności podejmowanej przez Zamawiającego w postępowaniu. Izba uznała, że wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługuje gwarantowane przepisami ustawy Pzp prawo do uzyskania wszystkich informacji o czynnościach zamawiającego, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości tych czynności i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe uprawnienie wykonawcy jest realizowane m.in. poprzez istniejący po stronie zamawiającego obowiązek przekazywania informacji o ocenach i decyzjach wpływających na dalszy udział wykonawców w postępowaniu i możliwość uzyskania zamówienia oraz obowiązek rzetelnego dokumentowania postępowania i jawność tej dokumentacji. Jak przyznał Zamawiający, nie sporządził on żadnego formalnego dokumentu z procedury oceny wniosków, który stałby się następnie elementem dokumentacji postępowania załączanej do protokołu. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że nie był on zobowiązany przepisami do udokumentowania tej czynności. Istotnie żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458) nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przygotowania takiego dokumentu. Jednakże sporządzenia rzetelnej dokumentacji odzwierciedlającej czynności i decyzje Zamawiającego wymagają wynikające z ustawy Pzp zasada jawności i pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z nich właśnie należy wywodzić konieczność należytego udokumentowania procedury oceny wniosków, w tym w odniesieniu do przyznanej im oceny punktowej. Ponadto także prawidłowa realizacja zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek zachowania przejrzystości podejmowanych przez niego działań, co z kolei wymaga, aby zamawiający rzetelnie dokumentował swoje czynności, w szczególności o podstawowym dla wykonawców znaczeniu. Brak takiej dokumentacji skutkuje tym, iż czynności te stają się dla wykonawców nieweryfikowalne i niemożliwym jest jednoznaczne ustalenie przyczyn przyznania określonej liczby punktów poszczególnym wykonawcom. Istotnie ogranicza to zakres uprawnień wykonawców w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r. sygn. akt KIO 990/11). Okoliczność, że wnioski w swojej istotnej części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa z pewnością utrudnia sporządzenie takiego dokumentu, jednak z pewnością nie czyni tego niemożliwym. Ponadto odrębnym zagadnieniem jest prawidłowe dokumentowanie czynności w postępowaniu oraz następnie udostępnianie sporządzanej dokumentacji, z uwzględnieniem okoliczności, że określone dane objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Powyższe wiąże się z podnoszonym przez Odwołującego GISPartner zarzutem naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp przez nieprzekazanie Odwołującemu GISPartner informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w zakresie umożliwiającym weryfikację prawidłowości postępowania Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający niewłaściwie interpretuje przepis art. 51 ust.1a ustawy Pzp, twierdząc, iż informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach spełniania tych warunków może ograniczać się do informacji czy wykonawca spełnia postawione warunki udziału, a w zakresie oceny punktowej do podania zbiorczej liczby otrzymanych punktów oraz określenie czy otrzymana punktacja pozwala na uznanie, iż wykonawca zostanie zaproszony do składania ofert. Istotnie przepis art. 51 ust. 1a ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości tej informacji. Niemniej jednak, w opinii Izby, oczywistym winno być, iż powinna ona zawierać dane na tyle szczegółowe, aby dać wykonawcy możliwość zweryfikowania oceny dokonanej przez Zamawiającego. Stanowisko przeciwne, zgodnie z którym wystarczającą informacją dla wykonawców byłoby jedynie podanie ogólnej liczby uzyskanych punktów (przy jednoczesnym niesporządzeniu dokumentu uzasadniającego ocenę), prowadziłoby do sytuacji, w której informacja o wynikach oceny wniosków nie mogłaby spełnić swojej funkcji. Wykonawcy bowiem nie mieliby możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości tej oceny, zarówno w odniesieniu do własnej pozycji w postępowaniu, jak i pozostałych wykonawców. Zdaniem Izby skoro Zamawiający nie udokumentował procedury oceny poszczególnych wniosków, winien był takie dane zawrzeć w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Zamawiający poza powołaniem się na brak takiego obowiązku wynikającego z przepisów prawa nie wykazał z jakich względów zaniechał zindywidualizowania czy uszczegółowienia przekazywanej wykonawcom w trybie art. 51 ust. 1a ustawy Pzp informacji. Słusznie zauważał Odwołujący GISPartner, iż już przedstawienie punktacji przyznanej w poszczególnych kryteriach pozwoliłoby choćby na częściową weryfikację czynności Zamawiającego. Z powyższych powodów przekazaną przez Zamawiającego informację o wynikach oceny wniosków uznać należy za zdecydowanie niewystarczającą. Wywód Zamawiającego odnośnie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie stanowił bowiem wyczerpującego uzasadnienia dla przyznawanej punktacji. Powody przyznania wykonawcy określonej liczby punktów, która może decydować o dalszym uczestnictwie w postępowaniu bądź o utracie możliwości ubiegania się o zamówienie, nie mogą być pozostawione domysłom wykonawcy. Odwołujący GISPartner faktycznie dopiero na rozprawie uzyskał wiedzę, które wskazane przez niego w wykazach zamówienia (zrealizowane samodzielnie) nie uzyskały punktów i poznał uzasadnienie faktyczne tej decyzji Zamawiającego. Gdyby natomiast Zamawiający dopełnił ciążących na nim

obowiązków w zakresie informowania wykonawców oraz dokumentowania postępowania i udostępniania tej dokumentacji, Odwołujący GISPartner miałby możliwość pełnej oceny stanowiska Zamawiającego i ewentualnego sformułowania konkretnych zarzutów merytorycznych w zakresie dokonanej oceny. Istotnie prawdą jest, jak wskazywał Zamawiający, iż wykonawca składający wniosek zna go najlepiej i może zweryfikować, jakimi brakami skutkującymi nieprzyznaniem punktacji może być on obarczony, jednak wykonawca nie może być obarczany obowiązkiem i ryzykiem ustalania, czy w taki sam sposób ocenił wniosek Zamawiający. Decyzje Zamawiającego należą bowiem w tym przypadku jedynie do sfery domysłów, a nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania.

Izba uznała natomiast, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosku Odwołującego GISPartner, a co za tym idzie zaniżenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającą na nieprzyznaniu Odwołującemu GISPartner 3 punktów za usługi wykonane przez Odwołującego GISPartner, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak ustalono w toku postępowania dowodowego Odwołujący GISPartner nie otrzymał punktacji za usługę wykazaną w ramach kryterium określonego w sekcji III.2.3. w pkt 1 lit. b) wykaz jawny pozycja 6, gdzie wykonawca przedłożył niepełny protokół odbioru końcowego (strony 1 i 3, bez strony 2). Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w dokumentacji i nie była przez Odwołującego GISPartner kwestionowana. W ocenie Izby, pomimo iż istotnie na str. 1 znajduje się stwierdzenie, iż Zamawiający nie zgłasza uwag, zastrzeżeń do zakresu, sposobu oraz przedmiotu wykonania całości prac objętych umową, zaś na stronie 3 znajdują się podpisy, to wykonawca powinien był przedstawić pełny, kompletny dokument, a Zamawiający miał prawo tego oczekiwać i wymagać. Odwołujący GISPartner nie otrzymał także punktacji za usługę wykazaną w ramach kryterium określonego w sekcji III.2.3. w pkt 1 lit. a) pozycja 4 wykaz niejawną z uwagi na niezłączenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. Zdaniem Izby słuszne jest stanowisko Zamawiającego, iż w odniesieniu do tzw. prekwalfikacji, tj. dokonywania oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować „błędy”, niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał, a oczekuje wezwania go do

uzupełnienia dokumentów umożliwiających mu uzyskanie lepszej punktacji w rankingu. Dlatego też Zamawiający nie był zobligowany zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, a w wyniku wezwania wykonawca uzupełniłby dokumenty, których pierwotnie nie złożył lub złożone dokumenty były wadliwe, a które zapewnią mu uzyskanie dodatkowej punktacji.

Natomiast co do nieuwzględnienia przez Zamawiającego usługi wykazanej w pozycji 3 w zakresie kryterium określonego w sekcji III.2.3. w pkt 1 lit. c w) wykaz niejawnego wniosku objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Izba uznała, iż istotnie przedmiot usługi nie wypełniał przedmiotowo postawionego warunku. Nie wykazano bowiem, aby usługa polegała na wdrożeniu systemu, jak tego wymagał Zamawiający.

Wobec powyższego należało uznać, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosku Odwołującego GISPartner i zaniżenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, polegające na nieprzyznaniu Odwołującemu GISPartner 3 punktów za usługi wykonane przez niego, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba podnosi, że niezależnie od stwierdzonych naruszeń ustawy Pzp, odwołanie Odwołującego GISPartner nie może zostać uwzględnione. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na okoliczność, że Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego w rozstrzygnięciu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 232/11 skutkujące brakiem konieczności powtórzenia czynności oceny wniosków, nie jest spełniona przesłanka wymieniona w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nadal bowiem spełnia warunki umożliwiające mu uzyskanie zaproszenia do składania ofert i sytuacja ta nie ulegnie już zmianie. Wskazane powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp nie miały zatem wpływu ani też nie będą mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Należy także zauważyć, iż Odwołujący GISPartner w żaden sposób nie kwestionuje udostępnionych mu wniosków innych wykonawców, z którymi mógł się zapoznać. Tym samym odwołanie nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione.

Sygn. akt KIO 232/12

Sygn. akt KIO 243/12

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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:

.....

Członkowie

.....

.....