

WYROK
z dnia 29 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Royal Software Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Inteligentne Systemy Edukacyjne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Comparex Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Royal Software Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Inteligentne Systemy Edukacyjne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Royal Software Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Inteligentne Systemy

Edukacyjne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi konsultacji, serwisu oraz wsparcia administracyjnego systemów KSI oraz STBS”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Royal Software Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Inteligentne Systemy Edukacyjne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie złożyli w dniu 15 lipca 2013 r. odwołanie, wobec

- 1) niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:
 - a) dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności zmiany warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
 - b) dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności badania i oceny ofert;
 - c) dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
 - d) dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

oraz

- 2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj:
 - a) czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących składanych przez Odwołującego oświadczeń lub dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w szczególności oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
 - b) podania uzasadnienia faktycznego dla czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
 - c) przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - d) udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucili naruszenie:

- I. art. 36 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 22 ust. 1 i 5 zd. 1 oraz 38 ust 4 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający dokonanie alternatywnej oceny ich spełnienia, a w efekcie dopuszczające możliwość zweryfikowanie

zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, wyłącznie na drodze interpretacji własnej Zamawiającego tj. w sposób prowadzący do zmiany warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert.

- II. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego, podmiotu spełniającego warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu określone w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ.
- III. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego, jako wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- IV. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. ustawy Pzp, w sytuacji gdy Zamawiający ocenia złożone dokumenty jako posiadające *„braki przez które Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu”*.
- V. art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego dla czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.
- VI. § 1 ust. 5 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz.231), poprzez błędną interpretację przepisów ww. dokumentu tj. przyjęcie możliwości zastosowania wykładani rozszerzającej przepisów aktu rangi podustawowej.
prowadzące do naruszenia:
- VII. art. 7 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz poprzez nie zapewnienie, aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.
- VIII. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.
- IX. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie udzielenie wyczerpujących informacji o przyczynach podejmowanych czynności Zamawiającego, co wywiera decydujący wpływ na możliwość skorzystania przez Odwołującego z prawa do wniesieniu stosownego środka ochrony prawnej.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu
- 4) o udzielenie zamówienia;
- 5) dokonanie powtórnej czynności badania ofert;
- 6) dokonania oceny Odwołującego jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu;
- 7) dokonanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z przyjętym kryterium oceny;
- 8) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

alternatywnie, w przypadku przyjęcia twierdzeń Zamawiającego tj. stanowiska dopuszczającego możliwość zmiany warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) dokonanie powtórnej czynności badania ofert;
- 5) dokonania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 6) dokonania oceny Odwołującego jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu;
- 7) dokonanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z przyjętym kryterium oceny;
- 8) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

II. o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podnieśli następującą argumentację, mająca uzasadniać podniesione zarzuty:

- Zamawiający w piśmie z dnia 4 lipca 2013 r., nr: FZ 3937/13, w którym zawiadamia Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, wskazał iż dokonuje on wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp gdyż w jego ocenie „Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. ”. Zamawiający swoje stanowisko uzasadniał faktem, iż: *treść Rozdziału VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Warunki udziału w*

postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wskazuje, iż o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności: „posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto.” Zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego tj. informacjami przedstawionymi przez podmiot na rzecz, którego Odwołujący wykonuje wykazaną usługę (Główny Urząd Geodezji i Kartografii), przedmiotowa usługa na dzień upływu terminu wyznaczonego składania ofert nie osiągnęła wartości brzegowej wskazanej przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający uprawniony był do oceny, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty złożone przez Odwołującego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 czerwca 2013 r. (pismo nr FZ: 3707/13) pochodzące od podmiotów trzecich w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uniemożliwiają Zamawiającemu „ocenę, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.” Zdaniem Odwołującego ww. zarzuty podnoszone przez Zamawiającego, stanowiące w jego ocenie, przesłankę do uznania, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp uznane być winny za bezprzedmiotowe. Po pierwsze, treść postanowień przywołanego przez Zamawiającego Rozdziału VI SIWZ oraz Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym Część III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego *Ogłoszenia o zamówieniu* jednoznacznie wskazuje, iż aby wykazać spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni legitymować się doświadczeniem polegającym na wykonaniu lub wykonywaniu *co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto*. Zapis ten jednoznacznie wskazuje, iż ocenie podlegać będą wykazane przez wykonawców usługi serwisowe, które wykonywane będą wobec systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto. Tymczasem interpretacja dokonywana w chwili obecnej przez Zamawiającego, zmierza do wykazania, iż stworzony przez Zamawiającego zapis SIWZ oraz *Ogłoszenia o zamówieniu* odnosi się nie do wartości serwisowanego systemu informatycznego a do samej usługi serwisu. Ten stan rzeczy (brak jednoznaczności znaczeniowej) potwierdza zapis formularza *Wykaz Głównych Usług*, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, z którego wynika, iż Zamawiający nie sprecyzował jednoznacznie obowiązku wskazania wartości wykazywanych usług serwisowych (*de facto* przedmiotu zamówienia) lecz jedynie Wartości zamówienia.

Powyższe wskazuje zdaniem Odwołującego na dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert. Odwołujący jednoznacznie odczytywał jasne dla niego zapisy SIWZ jak i *Ogłoszenia o zamówieniu* w zakresie warunków udziału w postępowaniu, czego efektem było złożenie oferty zawierającej wykaz obejmujący swoim zakresem usługę serwisu systemu informatycznego, którego wartość wynosi ponad 600 000 zł. Na taki jednoznacznie wynikający z udostępnionej dokumentacji fakt Odwołujący wskazywał Zamawiającemu, już w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2013 r. wskazując, iż: "zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem brak jednoznaczności w zapisach Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Potwierdzają to m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2010 r., Sygn. akt KIO/2643/IO, gdzie Izba wskazała, iż: „ ... brak jednoznacznego wskazania nie może następnie wywoływać negatywnych skutków prawnych w stosunku do wykonawcy.” Oraz z dnia 4 lipca 2011 r., Sygn. akt: KIO 1303/11: „Postanowienia specyfikacji obowiązują wykonawców oraz zamawiającego i zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby zamawiający nie może obciążać wykonawców błędami lub brakiem precyzji w specyfikacji.” Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie w innych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej m.in. z dnia: 24 stycznia 2011 r. Sygn. akt: KIO 85/11; 26 lipca 2011 Sygn. akt: 1528/11. Obowiązkiem bowiem Zamawiającego jest aby: „Formułując opis warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie w jego treści wskazać zakres czy cechy wymaganego doświadczenia, tak aby w oparciu o samą treść warunku możliwe było zakwalifikowanie doświadczenia wykonawcy jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Niedopuszczalne jest opisywanie powyższego przy pomocy nieprecyzyjnych określeń czy odesłań do przedmiotu zamówienia, typu: „odpowiadające”, „porównywalne z”, „podobne do”. Tego typu postanowienia siwz właściwie nie nadają się do egzekwowania w trakcie oceny ofert. ” (wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r. Sygn. akt: 746/11). Obowiązek powyższy nie może być także, w żadnej mierze, modyfikowany lub „zdejmovany” z Zamawiającego gdy w toku postępowania wykonawcy nie formułują zapytań co do treści siwz m.in. w zakresie warunków udziału w postępowaniu czy też sposobu oceny ich spełniania. Wszelkie zaś próby zmiany zapisów siwz po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert traktowane być winny wprost jako naruszenie przepisów ustawy Pzp. Przedstawiony stan faktyczny wskazuje zatem jednoznacznie na naruszenie dyspozycji art. 36 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 22 ust. 1 i 5 zd. 1 oraz 38 ust 4 ustawy Pzp.

- istniejące uwarunkowania formalno-prawne w przedmiotowym postępowaniu, potwierdzają także fakt, iż Wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu w brzmieniu przy jakim, z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn, uparcie pozostaje

Zamawiający.

- Warunek ten rozumiany jako „wartość usługi serwisu systemu informatycznego”, z uwagi na wskazane wyżej uchybienia w zakresie precyzji jego zapisu, w ocenie Odwołującego winien być uznany za spełniony z uwagi na fakt, iż Odwołujący realizuje na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii usługę o charakterze ciągłym, której rozmiar, treść i wartość wyznacza okres jej trwania. Zaś usługi zrealizowane do dnia 3 czerwca 2013 r. przez Lidera Konsorcjum na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii przekraczają wartość 600 000 zł brutto. Zamawiający dokonując oceny dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2013 r.), w Zawiadomieniu podkreśla, iż na podstawie złożonych przez Odwołującego „*wyjaśnień oraz dokumentów*” nie było możliwe dokonanie oceny czy Wykonawca dysponował będzie zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Stwierdzenie to winno budzić uzasadnione wątpliwości z uwagi na fakt, iż Zamawiający pismem dnia 26 czerwca 2013 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jedynie do dokonania uzupełnień zgodnie z treścią wezwania. Podkreślenia wymaga zatem fakt, iż Zamawiający mimo, iż jak wynika to z treści Zawiadomienia z dnia 4 lipca 2013 r. nie był w stanie dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego nie wezwał go do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych dokumentów. Powyższe wskazuje zatem wprost na naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który wskazuje, iż: „26.4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.”;

- Zamawiający w Zawiadomieniu wskazał, m.in. iż „Uzupełnione dokumenty posiadają braki, przez które Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.”. W ocenie Odwołującego powyższe lakoniczne sformułowanie wprost narusza dyspozycję art. 92 ust. 1 nakazującą zamawiającemu m.in. „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę”. Wskazać należy, iż użyte przez Zamawiającego, w odniesieniu do oferty Odwołującego, sformułowania: „uzupełnione dokumenty posiadają braki „Zamawiający nie jest w stanie ocenić” jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający, z sobie tylko wiadomych przyczyn, zaniechał wskazania przesłanek na których oparł swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego narusza wprost przepisy art. 92 ustawy Pzp. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. w wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r. Sygn. akt: 120/13, w którym Izba wskazuje, iż „...

brak prawidłowego uzasadnienia czynności względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania ..." a tym samym „Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w złożonym odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość odrzucenia jego oferty - z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty.” Sama Izba podkreśla też wagę i znaczenie tej czynności tj. podania uzasadnienia czynności zamawiającego, stwierdzając, iż: „W orzecznictwie Izby podkreślono wagę znaczenia podania pełnego uzasadnienia decyzji podejmowanych przez zamawiających między innymi w wyrokach wydanych: 17 sierpnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt 1658/11, 19 września 2011 r. w sprawie sygn. akt 1934/11 (w uzasadnieniach tych orzeczeń przywołano również inne orzeczenia dotyczące tej kwestii) czy 5 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt 2503/11. W sprawach tych zaniechanie podania przez zamawiających pełnego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołań od tych czynności.” (Wyrok z dnia 22 marca 2013 r. Sygn. akt: 532/13);

- W toku postępowania Zamawiający, zwrócił się do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, celem uzyskania dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących wykazanej przez Odwołującego usługi. Informacje uzyskane od Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii były zaś podstawą do podejmowania dalszych czynności w postępowaniu przez Zamawiającego. Odpowiadając na wezwanie z dnia 26 czerwca 2013 r. Odwołujący zakwestionował prawdziwość informacji przedstawionych przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii przedkładając Zamawiającemu stosowne dokumenty. Z niezrozumiałych dla Odwołującego względów w treści Zawiadomienia Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje swoje stanowisko odnośnie usługi realizowanej dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii nie wskazując jednak przesłanek jakimi kierował się utrzymując swoje stanowisko. Takie działania Zamawiającego, zdaniem Odwołującego nie mogą zyskać aprobaty, z uwagi na fakt, iż wprost naruszają dyspozycję art. 7 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp. Z jednej strony Zamawiający korzysta, w jego ocenie w sposób uprawniony, z dyspozycji § 1 ust. 5 Rozp. Dokumenty, z drugiej zaś odmawia jakiegokolwiek wartości merytorycznej oficjalnym dokumentom pochodzącym od Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii przedkładanym przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, de facto wyrażonym już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 czerwca 2013 r., Zamawiający w sposób nieuprawniony i partykularny interpretuje jednoznaczne zapisy aktu pod-ustawowego. Treść § 1 ust. 5 tego rozporządzenia stanowi, że *w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio*

w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Z powyższego zapisu wprost wynika, iż przesłanką podjęcia działań w ww. trybie jest: Po pierwsze powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co treści wykazu lub dowodów przedkładanych przez wykonawców, Po drugie wątpliwość ta winna dotyczyć stanu przeszłego tj. stanu wykonania lub nienależytego wykonania danego zamówienia. Powyższe potwierdza użycie przez ustawodawcę zwrotów: „nie zostało wykonane”, „zostało wykonane nienależycie”, „były lub miały zostać wykonane”. Z uwagi na stosunkowo krótki okres obowiązywania tej regulacji, a tym samym brak utrwalonego stanowiska czy to doktryny czy też orzecznictwa, zasadnym jest dokonywanie interpretacji brzmienia tego paragrafu zgodnie z przyjętymi regułami interpretacyjnymi. Zasadne wydaje się zatem dokonanie wykładni językowej, która uwzględni zasady języka potocznego i przypisuje zawartym w normie prawnej wyrażeniom znaczenia o powszechnie rozumianym znaczeniu. Zatem ww. zwroty użyte w czasie przeszłym, jako takie winny być oceniane, a wszelkie odstępstwa od tak przyjętego punktu odniesienia eliminowane. Powyższe uzasadnia zatem stanowisko Odwołującego, iż działania Zamawiającego zmierzające do rozszerzenia uprawnień przyznanych na mocy dyspozycji art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, nie znajdują oparcia w przepisach prawa;

- końcowo Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4; art. 7 ust 1 i 2; art. 7 ust. 3; 8 ust. 1, które, w jego ocenie winny być rozpatrywane w kontekście wcześniejszych wykazanych naruszeń art. 36 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 22 ust. 1 i 5 zd. 1 oraz 38 ust 4, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 4, art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, wykazane naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, są podstawą do stwierdzenia, w trybie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy, mają istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Comparex Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono następnie, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

Postawione w odwołaniu zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, umotywowany brakiem uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Wbrew stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, Zamawiający podał uzasadnienie tej decyzji – wskazana została podstawa prawna wykluczenia Odwołującego z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) a także podano, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający przytoczył kształtujące ten warunek postanowienie SIWZ (rozdział VI SIWZ), a także nawiązał do brzmienia § 5 ust. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, informując zarazem o wystąpieniu do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii i podając treść informacji uzyskanych z tego źródła.

W piśmie wskazano ponadto, że wykonawca nie wykazał spełnienia stawianego warunku, którego treść przytoczono, a także że *„podtrzymuje stanowisko odnośnie usługi realizowanej dla GUGIK – z zebranych informacji nie wynika, że Wykonawca należycie wykonał usługę polegającą na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto”*.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że Informacja o wyniku postępowania została poprzedzona wezwaniem z dnia 26 czerwca 2013 r. do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku określonego w Rozdziale VI SIWZ, w którym

szczegółowo podano braki ujawniające się – zdaniem Zamawiającego – w ofercie Odwołującego. Zamawiający w tym piśmie wyraźnie podał, że „Do oferty został załączony Wykaz głównych usług, w którym podano usługę realizowaną dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (GUGIK) polegającą na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto. Utrzymanie infrastruktury GEOPORTAL 2. Wskazano również, że usługa jest w trakcie realizacji od dnia 28.11.2012 r. a jej wartość przekracza 2 000 000,00 zł brutto. Jako dowód, że usługa została wykonana należycie Wykonawca przedstawił własne oświadczenie. W uzasadnieniu Wykonawca stwierdził, że GUGIK nie wydaje referencji w toku realizacji umowy. Zamawiający w oparciu o przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231.) wystąpił do GUGIK-u o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących przedmiotowej usługi. Zamawiający otrzymał odpowiedź, z której wynika, że wartość usług dotychczas zrealizowanych i uznanych przez Zamawiającego za należycie wykonane w ramach tej umowy wynosi 399 409,76 zł brutto (usługi realizowane od 11.2012 do 02.2013). jednocześnie rozliczenie prac wykonanych w miesiącach: marzec, kwiecień i maj nastąpi po weryfikacji i uzgodnieniu treści raportów z realizacji umowy w tych okresach oraz ewentualnym naliczeniu kar umownych przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał należytego wykonania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto i wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.”

Te same okoliczności (niespełnienie warunku udziału w postępowaniu), oznaczone poprzez wskazanie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stały się powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania; Zamawiający powołał się także w Informacji o wyniku postępowania na ocenę dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonaną w uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Na podstawie tak opisanej decyzji Zamawiającego, Odwołujący miał wystarczającą wiedzę o przyczynach wykluczenia z postępowania, pozwalającą mu na podjęcie właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów w tym postępowaniu, co też uczynił wnosząc odwołanie i stawiając zarzuty wobec czynności Zamawiającego. Tym samym należało uznać, iż zakres informacyjny uzasadnienia decyzji wykluczeniu Odwołującego z postępowania pozwolił Odwołującemu prowadzić rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za wykluczeniem z postępowania, czego wyrazem jest

choćby złożenie wystarczająco uzasadnionego odwołania, co czyni podniesiony w tym zakresie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych -bezzasadnym.

To uzasadnienie pozwoliło Odwołującemu na uchwycenie powodów wykluczenia z postępowania i postawienie prawidłowo sformułowanych, ukierunkowanych na zwalczanie decyzji Zamawiającego zarzutów. Postawione zarzuty wyraźnie korespondują z przyjętą przez Zamawiającego podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, zaś wyniki postępowania odwoławczego, w szczególności podane przez Zamawiającego powody uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania nie pozwalają na stwierdzenie, by przyczyną tej decyzji były inne okoliczności, aniżeli wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 4 lipca 2013 r. nr FZ 3937/13. Odwołujący, w oparciu o uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania sformułował zarzuty, które pozwoliły na podjęcie obrony swojej oferty.

[2] zarzuty naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zarzuty wskazujące na naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogły być brane pod uwagę.

Zgodzić się trzeba z Zamawiającym, że wskazane przepisy odnoszą się do wymaganej treści SIWZ, zasad dokonywania jej modyfikacji, zaś na kwestionowanie tego dokumentu termin upłynął. Zarzut wskazujący na naruszenie „art. 36 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 22 ust. 1 i 5 zd. 1 oraz 38 ust 4 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający dokonanie alternatywnej oceny ich spełnienia, a w efekcie dopuszczające możliwość zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, wyłącznie na drodze interpretacji własnej Zamawiającego tj. w sposób prowadzący do zmiany warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert.” należy więc potraktować, jako podniesiony z uchybieniem terminu, o którym stanowi art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania kształt postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być kwestionowany: termin na wniesienie odwołań w zakresie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także wyjaśnienia jej treści (dziesięćdniowy od dnia zamieszczenia specyfikacji) już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec

postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Ustawa nie zna odrzucenia części odwołania, ale zarzuty co do których zachodzą przesłanki, dla których samodzielnie złożone odwołanie podlegałoby odrzuceniu – nie podlegają rozpatrzeniu. Stąd zarzuty oraz dopełniająca je argumentacja, nakierowane na wykazanie niewłaściwego brzmienia postanowień SIWZ oraz jej wyjaśnień, nie podlegały rozpatrzeniu.

Analiza treści uzasadnienia odwołania prowadzi jednak do wniosku, że niezależnie od przytoczonej podstawy prawnej stawianych zarzutów, zarzuty te w pewnej mierze zmierzają do wykazania niewłaściwej interpretacji brzmienia SIWZ, która na obecnym etapie jest ostatecznie ukształtowana i wiąże wykonawców w takim kształcie, jaki wynika z jej treści. Postawiony zarzut w istocie referuje do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, między innymi wobec przyjęcia nieuprawnionej – w ocenie Odwołującego – interpretacji postanowienia SIWZ, dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

[3] zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie niewłaściwej interpretacji stawianego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia:

Na wstępie uznano, wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający dokonał prawidłowej interpretacji postanowienia SIWZ, wyrażającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Sporne postanowienie zawarte w Rozdziale VI pkt 2 SIWZ ma następujące brzmienie:

O zamówienie może się ubiegać Wykonawca, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności: posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co

najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto.

Ponadto, w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1.1 SIWZ zawarto postanowienie, zgodnie z którym, „w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów:

Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług polegających na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa powyżej są:

- a) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert,*
- b) oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1”*

Zamawiając na podstawie tego postanowienia SIWZ uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli chodzi o ten warunek, stanowiska stron były spolaryzowane co do jego interpretacji, w zakresie wymaganej wartości: czy wartość 600 000 zł dotyczy wartości wykazywanej usługi serwisowania systemu informatycznego (takie stanowisko prezentował Zamawiający), czy też odnosi się ona do wartości systemu informatycznego, który podlegał serwisowaniu (do wykazania czego zmierzał Odwołujący).

Uznano, wbrew stanowisku Odwołującego, że sporne wymaganie odnosi się do wartości usługi serwisowania systemu.

Dla interpretacji stawianego warunku udziału w postępowaniu należy brać pod uwagę całość postanowień SIWZ, które ten warunek kształtują. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wyraża bowiem z jednej strony publiczne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na określonych warunkach, swego rodzaju regulamin postępowania adresowany do wykonawców i wiążący zamawiającego, z drugiej zaś, na gruncie prawa cywilnego stanowi ofertę rozumianą jako oświadczenie woli zawarcia umowy, o którym stanowi art. 66 Kodeksu cywilnego. Wobec tego dokumentu nie są zatem wyłączone ogólne, przewidziane przepisami

prawa cywilnego zasady, właściwe dla oceny treści czynności prawnych, zgodnie zaś z treścią art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

O ile zgodzić się można, że sam opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu może budzić wątpliwości interpretacyjne (zwrócono na to uwagę w złożonej przez Odwołującego opinii prywatnej), to wątpliwości te rozwiewa analiza całokształtu postanowień SIWZ traktujących o tym warunku.

Po pierwsze, istotny jest tutaj instrument, który Zamawiający wprowadził dla zaprezentowania spełnienia warunku, to jest załącznik nr 3 do SIWZ - formularz „WYKAZ GŁÓWNYCH USŁUG pn. „Zakup usługi konsultacji, serwisu oraz wsparcia administracyjnego systemów KSI oraz STBS – numer postępowania 37/BII/13/AL”, stanowiący – zgodnie z końcowymi zapisami w SIWZ, załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiący jej integralną część (str. 18 SIWZ). Formularz ten w poszczególnych kolumnach tabeli wymaga podania: „Przedmiot zamówienia – opis”; „Data wykonania od – do (dzień, miesiąc, rok)”; „Wartość zamówienia”; „Odbiorca zamówienia”. Oznacza to zatem tyle, że wykonawca wskazując główne usługi, korespondujące z postawionym warunkiem (ten zaś dotyczy usługi serwisowania) musiał w kolumnie tytułowanej „Przedmiot zamówienia – opis” wskazywać takie zadania, których przedmiotem było serwisowanie, względnie zadania obejmujące szerszy zakres – przykładowo budowę systemu wraz z usługami utrzymania, asysty powdrożeniowej czy szkoleń, ale w takim wypadku opis tego zadania – dla umożliwienia zbadania, czy zadanie koresponduje z postawionym warunkiem - musiał akcentować te elementy, które dotyczyły serwisowania systemu. Następnie w kolumnie „Wartość zamówienia” tabela wymagała podania wartości wykazywanego zadania. Oczywistym jest, że wartość zamówienia nie mogła obejmować wartości systemu podlegającego serwisowaniu, skoro wartość systemu to koszt jego wytworzenia, powiększony o ponoszone następnie wydatki związane z jego rozbudową, rozwojem, utrzymaniem. Wykonawca niejednokrotnie, serwisując system na podstawie odrębnej umowy, nie będąc jego wytwórcą, nie musi mieć wiedzy o wartości serwisowanego systemu. W tabeli mówi się natomiast o wartości zamówienia, co oznacza tyle, że mogło chodzić jedynie o wartość usługi opisywanej we wcześniejszej kolumnie tabeli jako „Przedmiot zamówienia – opis”, a zatem wartość usługi serwisowania.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że wskazany formularz „WYKAZ GŁÓWNYCH USŁUG” stanowi narzędzie służące do zaprezentowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazuje on zatem informacje, jakie winny być podane w celu wykazania

spełnienia tego warunku, wyrażając ścieżkę prowadzącą do zaprezentowania tych informacji, które są istotne z punktu widzenia postawionego w postępowaniu warunku.

Istotne jest przy tym, że mamy tu do czynienia nie z wykazem wykonanych przez wykonawcę różnych zadań, które mniej lub bardziej wpisywałyby się w postawione wymagania a w istocie stanowiły ogólną charakterystykę doświadczenia wykonawcy, ale z „WYKAZEM GŁÓWNYCH USŁUG pn. „Zakup usługi konsultacji, serwisu oraz wsparcia administracyjnego systemów KSI oraz STBS – numer postępowania 37/BII/13/AL,” co oznacza, że rzeczą wykonawcy jest podanie ze swego portfolio opisującego dotychczasowe osiągnięcia tych zadań, które wyczerpują postawiony warunek udziału w postępowaniu a zarazem są tymi najbardziej doniosłymi z perspektywy wykonawcy i jego niejednokrotnie znacznie bardziej bogatego doświadczenia aniżeli to, jakie jest niezbędne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Po drugie, analiza dalszych postanowień SIWZ także prowadzi do wniosku, że na gruncie postawionego warunku udziału w postępowaniu mogło chodzić tylko o wartość usługi serwisowania. Wniosek taki płynie z postanowienia SIWZ, mówiącego o sposobie dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest tego, które zawarte jest w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1.1 SIWZ. Mówi się tam o obowiązku złożenia przez wykonawcę *Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług polegających na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.* Gramatyczna wykładnia tego postanowienia prowadzi do wniosku, że nawiązanie do wymaganej wartości odnosi się do tego elementu stawianego warunku, o którym ten mówi w liczbie mnogiej, to jest usług serwisowania. Pełne brzmienie analizowanego postanowienia prowadzi do wniosku, że w treści stawianego warunku chodzić musiało o wartość usług serwisowania, a nie wartość serwisowanego systemu.

Odwołujący, na okoliczność interpretacji spornego postanowienia SIWZ złożył opinię z zakresu etnolingwistyki i kultury języka. Powyższa opinia bazuje jednak wyłącznie na brzmieniu treści zawartej w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, odnosząc się przy tym do powtórnego brzmienia zawartego w Rozdziale VII w ust. 1 pkt 1.1 SIWZ, tylko w części tekstu, to jest do treści: „(...) *zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów: Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług polegających na serwisowaniu systemu*

informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto (...)” (str. 2 in fine opinii). Opiniujący pomija zatem nie tylko przywołane wyżej dyrektywy wykładni tekstu adresowanego do profesjonalistów i podlegającego interpretacji zgodnie z zasadami Kodeksu cywilnego, ale także jego pełne brzmienie, gdzie każda z ujętych w nim informacji i wytycznych ma znaczenie dla jego adresata, jak również brzmienie podstawowego instrumentu przewidzianego do prezentacji spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu, jakim jest formularz *„WYKAZ GŁÓWNYCH USŁUG pn. „Zakup usługi konsultacji, serwisu oraz wsparcia administracyjnego systemów KSI oraz STBS – numer postępowania 37/BII/13/AL”*. Stąd wnioski zawarte w tej opinii, nie mogły mieć znaczenia dla ustalenia obowiązków wykonawcy w postępowaniu, w tym stwierdzenia, że Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego wbrew treści postanowień SIWZ.

Po trzecie, przyjęcie, że na gruncie analizowanego postępowania warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczy wykonania usługi serwisowania, której przedmiotem był system informatyczny o wartości co najmniej 600 000 zł oznaczałoby, że należałoby uznać warunek za spełniony, jeśli tylko wykonawca choćby przez jeden dzień świadczył taką usługę wobec systemu o wskazanej wartości, niezależnie od wartości samej usługi. Takie rozumienie stawianego warunku byłoby nieracjonalne, zaś sam warunek należałoby uznać za iluzoryczny i w istocie nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zadania objętego przedmiotem tego zamówienia.

Po czwarte, nie sposób tracić z pola widzenia zawartej w art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dyrektywy, zgodnie z którą opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jeśli przedmiotem zamówienia jest usługa serwisowania systemu, a Zamawiający oszacował wartość tej usługi na kwotę 2 058 000 zł, to nie sposób przyjąć, że postawiony w postępowaniu warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia abstrahuje od wartości tej usługi a odnosi się do wartości serwisowanego systemu. O ile można się zastanawiać, czy wartość usługi serwisowania stanowi wyznacznik stopnia skomplikowania wykonywanej usługi, dający możliwość oceny, czy zadanie jest porównywalne zakresem oraz złożonością z tym, które jest przedmiotem danego zamówienia, to odnoszenie powyższego do wartości systemu podlegającego serwisowaniu, niezależnie od zakresu i czasu trwania usługi serwisowania, na gruncie analizowanego stanu faktycznego, byłoby niezrozumiałe.

Reasumując, uznano, że całokształt postanowień SIWZ traktujących o warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie pozostawia wątpliwości co do tego, że wykonawcy obowiązani byli wykazać się wykonaniem przynajmniej jednej usługi serwisowania systemu informatycznego, o wartości tej usługi co najmniej 600 000 zł.

Stąd należało podzielić ocenę dokonaną przez Zamawiającego, że Odwołujący, w części w jakiej upatrywał wykazania spełnienia stawianego warunku zadaniem wykonywanym wobec Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, w oparciu o tezę że wartość systemu informatycznego podlegającego serwisowaniu przewyższa kwotę 600 000 zł, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należało następnie uznać, że Zamawiający, mając wątpliwości co do wykazywanej usługi, był uprawniony do wystąpienia do odbiorcy usługi o wyjaśnienie, z zastosowaniem regulacji zawartej w § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Dostrzeżenia wymaga, wobec stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie, że źródłem tych wątpliwości, co do zasady, nie powinny być negatywne doświadczenia Zamawiającego, czy wskazywana utrata zaufania do wykonawcy, jeśli złożone dokumenty potwierdzałyby bezspornie spełnienie stawianego warunku. Zgodzić się jednak trzeba, że powodem takich wątpliwości może być posłużenie się przez wykonawcę dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie lub wykonywanie usługi, jakim jest oświadczenie, w warunkach gdy w świetle przepisów zasadą jest przedstawienie poświadczenia jej odbiorcy. Ustawodawca, dopuszczając posługiwanie się na powyższą okoliczność oświadczeniami własnymi wykonawcy, dał wyraz zaufania do oświadczeń wykonawcy, ograniczając jednak taką możliwość do sytuacji nadzwyczajnych, obwarowując ją koniecznością wystąpienia stanu niemożności uzyskania poświadczenia spowodowanej zaistnieniem uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze.

Wykonawca, po uzyskaniu przez Zamawiającego stanowiska odbiorcy usługi, które zaprzeczało potwierdzeniu spełnienia warunku, wezwany do uzupełnienia dokumentów nie skorzystał z szansy naprawienia niedoskonałości w zakresie złożonych dokumentów i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

[4] zarzuty naruszenia § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*:

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut wskazujący na nieuprawnione wystąpienie przez Zamawiającego do odbiorcy usługi – Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, na podstawie § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz*

form, w jakich te dokumenty mogą być składane, celem uzyskania dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących wykazanej przez Odwołującego usługi.

Odwołujący upatruje naruszenia powołanego przepisu w fakcie rozszerzającej interpretacji tego przepisu, to jest dopuszczalnego podejmowania na jego podstawie działań w razie powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co treści wykazu lub dowodów przedkładanych przez wykonawców, przy czym – w ocenie Odwołującego - wątpliwość ta winna dotyczyć stanu przeszłego tj. stanu wykonania lub nienależytego wykonania danego zamówienia, co potwierdza użycie przez ustawodawcę zwrotów: „nie zostało wykonane”, „zostało wykonane nienależycie”, „były lub miały zostać wykonane”. Zdaniem Odwołującego, zwroty użyte w czasie przeszłym, jako takie winny być oceniane, a wszelkie odstępstwa od tak przyjętego punktu odniesienia eliminowane.

Po pierwsze, dostrzeżenia wymaga, że także w stanie prawnym, kiedy powołane *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* nie obowiązywało i nie istniała regulacja wprost wyrażająca uprawnienie zamawiającego do zwracania się do odbiorcy zadania wykazywanego dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, akceptowaną była tego rodzaju praktyka. W orzecznictwie podkreślano, że *„nie jest niedopuszczalne samodzielne, bez angażowania zainteresowanego wykonawcy podejmowanie przez zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie czy w złożonej ofercie nie występują braki, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Za dopuszczalne należy zatem uznać uwzględnienie przy tej ocenie ofert okoliczności wynikających z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu i na tej podstawie dokonanie oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu. W sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień*

publicznych obowiązków prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji.” (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11, z dnia 22 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1044/10).

Stąd upatrywanie naruszenia przepisu § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* w samym tylko fakcie wystąpienia przez Zamawiającego do odbiorcy usługi nie zasługuje na aprobatę.

Po drugie, nie sposób przypisywać Zamawiającemu swego rodzaju nadużycia powołanej regulacji, polegającej na wystąpieniu do odbiorcy usługi z zapytaniem o zakres i wartość wykonanej usługi. Powołany przepis pozwala na wystąpienie przez zamawiającego, jeśli ten poweźmie wątpliwości o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów. Podstawą tego rodzaju wątpliwości może być posłużenie się przez wykonawcę substytucyjną, mającą wyjątkowe i obwarowane spełnieniem określonych warunków formą wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jaką jest złożenie oświadczenia własnego wykonawcy w miejsce poświadczenia wykonania usługi lub dostawy. Zgodnie bowiem z treścią § 1 ust. 2 powołanego *Rozporządzenia*, zasadą jest, że wykonawca składa dokument zewnętrzny, pochodzący od odbiorcy zadania, jakim jest wskazane poświadczenie. Wykonawca może w konkretnej sytuacji posłużyć się również własnym oświadczeniem, co jednak zostało, zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 3) *Rozporządzenia* ograniczone do sytuacji wyjątkowych, wynikających z niemożności otrzymania poświadczenia. Przepis wskazuje, że dowodem należytego wykonania dostawy i usługi może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Skorzystanie zatem przez wykonawcę dla celu wykazania należytego wykonywania usługi z oświadczenia własnego, w miejsce zasadniczo mającego zastosowanie poświadczenia, mogło wywołać wątpliwości Zamawiającego. Jeśli bowiem przepis wymaga dla złożenia oświadczenia wystąpienia takich przesłanek, jak zaistnienie uzasadnionych przyczyn, a następnie, że te przyczyny mają mieć charakter obiektywnych, to Zamawiający otrzymując takie oświadczenie, w odniesieniu – co nie bez znaczenia – do usługi wykonanej na rzecz podmiotu publicznego, to jest Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (można przyjąć, że świadomego obowiązków wynikających z procedur związanych z postępowaniem o zamówienie publiczne a także obowiązanego do udostępniania informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej), miał podstawy do powzięcia wątpliwości. Wykonawca skorzystał bowiem z dokumentu własnego, w miejsce zasadniczo wymaganego dokumentu zewnętrznego (poświadczenia), co jest, w świetle przywołanego przepisu,

zastrzeżone do sytuacji incydentalnych, występujących wyjątkowo, w nadzwyczajnych okolicznościach, to jest gdy z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia. Przywołane w oświadczeniu powody takiej niemożności oświadczenia, to jest okoliczność, że Główny Urząd Geodezji i Kartografii ma nie wystawiać poświadczenia w odniesieniu do usług, które nie są wykonane a są w trakcie realizacji („z uwagi na fakt, że zamawiający nie praktykuje wydawania referencji potwierdzających należyte wykonywanie usług w trakcie realizacji umowy”), nie stanowią wystarczającego umotywowania powodów, dla których wykonawca posłużył się oświadczeniem. Jak wskazano wyżej, mamy do czynienia z podmiotem publicznym, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych występującym jako zamawiający, co do którego należy przyjąć, że powinność wystawienia referencji potwierdzających należyte wykonywanie usług, lub poświadczenia takiego wykonywania nie jest mu obca, a w takim wypadku - że ewentualna odmowa wystawienia tego rodzaju dokumentu nie była przypadkową. To również uprawniało Zamawiającego do rozważenia, czy wykonawca zasadnie skorzystał z możliwości przedstawienia własnego oświadczenia, w miejsce poświadczenia.

Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że wskazane rozporządzenie w projektowanej wersji, zmienionej w toku prac legislacyjnych, zakładało, że każdorazowo posłużenie się oświadczeniem w miejsce zakładanego zaświadczenia odbiorcy zadania, może samo z siebie stanowić powód do wystąpienia przez zamawiającego do odbiorcy zadania o informacje lub dokumenty. W uzasadnieniu projektu tej regulacji wskazano (projekt rozporządzenia z dnia 5 lutego 2013 r., dostępny na stronie BIP Urzędu Zamówień Publicznych), że projektowany przepis § 1 ust. 5 stanowi podstawę dla zamawiającego, by w sytuacji, gdy (1) wykaz lub dowody, budzą jego wątpliwości, a także (2) gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać zaświadczenia lub poświadczenia od podmiotu na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonywane, w szczególności w sytuacji dotyczącej robót budowlanych, dostaw lub usług niewykonanych lub wykonanych nienależycie, oraz (3) gdy wykonawca w miejsce poświadczenia złożył oświadczenie, mógł zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio zamawiającemu.

Zatem, sam fakt posłużenia się przez wykonawcę instytucją o charakterze wyjątkowym, szczególnie, gdy w świetle przepisu jest to obwarowana koniecznością wystąpienia przesłanek o kategorycznym charakterze takich jak zaistnienie uzasadnionych

przyczyn o obiektywnym charakterze, z natury swej mógł wywołać wątpliwości Zamawiającego.

Powyższe czyny stawiany w odwołaniu zarzut, ukierunkowany na wykazanie bezpodstawnego zwrócenia się przez Zamawiającego do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii – bezpodstawnym.

Nie potwierdziły się także dalsze zarzuty w odniesieniu do zastosowania przez Zamawiającego § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, wskazujące na niedopuszczalność wystąpienia na podstawie tego przepisu, w zakresie usług i dostaw innych niż wykonane, to jest tych, będących w trakcie realizacji.

Podkreślenia wymaga, że istotnie, wskazany przepis posługuje się pojęciem „wykonanych” usług lub dostaw. Nie oznacza to jednak – jak uważa Odwołujący – że przepis ten nie mógłby mieć zastosowania do dostaw lub usług o charakterze ciągłym lub okresowym, które nie są jeszcze „wykonane”, ale są w fazie wykonywania. W ocenie Odwołującego powyższe miałyby stanowić o niedopuszczalnym, rozszerzającym zastosowaniu tego przepisu do stanów nie objętych jego dyspozycją.

Po pierwsze, takiej interpretacji sprzeciwia się – na co wskazywano wyżej – akceptowana możliwość występowania przez zamawiającego do podmiotów, na rzecz których wykonano lub są wykonywane zadania referencyjne z zapytaniem o to, czy rzeczywiście je wykonano, jak również czy to wykonanie było należyte. Możliwość ta nie jest obwarowana jakimikolwiek ograniczeniami, i nie wymaga odrębnej podstawy, dającej zamawiającemu szczególną „kompetencję”, bliską rozumieniu właściwemu dla prawa administracyjnego. Zamawiający, polegając na dokumentach składanych w toku postępowania, działając w warunkach zaufania do wykonawcy może, mając wątpliwości, samodzielnie sięgać do różnych źródeł, celem zbadania podawanych informacji, w tym występowania do innych podmiotów o takie informacje.

Po drugie, wbrew takiej interpretacji pozostaje wreszcie treść przepisów powołanego *Rozporządzenia* - jego przepis § 1 ust. 5 odwołuje się do dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 tego *Rozporządzenia*, nie różnicując ich w żaden sposób. Oznacza to, że wszystkie wymienione w tych przepisach dokumenty i oświadczenia, składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały objęte dyspozycją § 1 ust. 5 *Rozporządzenia*.

Po trzecie, trzeba uznać, że z perspektywy przepisu § 1 ust. 5 *Rozporządzenia*, wszystkie wykazywane usługi i dostawy mają charakter „wykonanych”. Przepis ten znajduje

zastosowanie wyłącznie w fazie badania i oceny ofert, może zatem odnosić się tylko do dokumentów złożonych przez wykonawcę, te zaś mogą potwierdzać stan najpóźniej na dzień składania ofert. Zatem, podawane przez wykonawcę w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zadania, nawet jeśli są one w trakcie wykonywania (usługi lub dostawy o charakterze ciągłym lub okresowym), mogą służyć wykazaniu spełnienia warunku tylko w zakresie, w jakim je wykonano do terminu składania ofert. W tym aspekcie, te dostawy i usługi są, w momencie składania ofert a następnie ewentualnego korzystania przez zamawiającego z dyspozycji przepisu § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - wykonanymi.*

Nie sposób więc podzielić stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w odwołaniu, a wcześniej w piśmie kierowanym do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, że przepis ten nie może mieć zastosowania do stanu przeszłego tj. stanu wykonania lub nienależytego wykonania danego zamówienia.

Jak wskazano, w aspekcie wykazywania spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu, wskazywane dla potwierdzenia spełnienia warunku, usługi lub dostawy ciągłe albo okresowe odnosić się muszą do stanu historycznego – tej części usług lub dostaw, która została dokonana do terminu składania ofert. W tym znaczeniu, na moment analizy i oceny ofert, a także ewentualnego korzystania z dyspozycji § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* będą one zawsze usługami lub dostawami wykonanymi. Gdyby miało być inaczej, nigdy nie byłoby możliwe potwierdzenie należytego wykonania/wykonywania takich zadań, a w konsekwencji, w takim wypadku być może należałoby przyjąć, że wykonawca w ogóle nie może posłużyć się zadaniami trwającymi, jeszcze niezakończonymi, co do których ocenę o ich prawidłowym wykonaniu można byłoby wyrazić dopiero po zakończeniu zadania. Dopuszczenie możliwości posłużenia się usługami i dostawami będącymi w toku wykonywania (ciągłymi lub okresowymi) oznacza tyle, że oceny należytego wykonania zadania należy dokonać najpóźniej na moment składania ofert i według tej wiedzy, jaka dotyczy już zrealizowanej części dostaw i usług.

Z tych względów i ten zarzut nie znalazł potwierdzenia.

[5] zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie niewłaściwej oceny złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentów:

Poddając następnie ocenie podane przez Odwołującego, dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zadania, należało uznać, że trafną i poprawną była ocena dokonana przez Zamawiającego, zgodnie z którą Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

- (1) Odwołujący w złożonym w ofercie formularzu „Wykaz głównych usług” podał jedną usługę, wskazując w kolumnie formularza „Przedmiot zamówienia – opis”: „Usługa polegająca na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto. Utrzymanie Infrastruktury Geoportal 2. Wartość systemu Geoportal 2 powyżej 600 000 brutto.”, wykonaną na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, co do której podał wartość: powyżej 2 000 000 zł brutto. W odniesieniu do tej usługi Odwołujący, na potwierdzenie jej należytego wykonania złożył własne oświadczenie, mające potwierdzać, że opisaną usługę wykonano należycie, opatrując je wzmianką, zgodnie z którą złożono oświadczenie „z uwagi na fakt, że zamawiający nie praktykuje wydawania referencji potwierdzających należyte wykonywanie usług w trakcie realizacji umowy”.

W powyższym zakresie Zamawiający wystąpił w dniu 10 czerwca 2013 r., na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii o: „(...) potwierdzenie, że firma Royal Software Consulting sp. z o.o. realizuje umowę o nr ZP/BO-4-2500-25/IŻ/5049/G2-19.41/2012 z dnia 28 listopada 2012 r. oraz czy umowa jest realizowana należycie. Ponadto prosimy o podanie informacji, jaka jest wartość brutto dotychczas wykonanych usług, a także czy przedmiot umowy obejmuje serwisowanie systemu informatycznego”. W odpowiedzi na to wystąpienie, Główny Urząd Geodezji i Kartografii, pismem z 20 czerwca 2013 r. podał, że „firma Royal Software Consulting Sp. z o.o. realizuje dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii umowę nr ZP/BO-4-2500-25/IŻ-5049/G2-19.41/2012 z dnia 28 listopada 2012 r, której przedmiotem jest świadczenie usługi utrzymania infrastruktury GEOPORTAL 2 oraz świadczenie usług w ramach asysty powdrożeniowej.” Główny Urząd Geodezji i Kartografii podał, że rozliczone zostały faktury za miesiące listopad 2012, grudzień 2012, styczeń 2013, luty 2013, na łączną kwotę 399 409,76 zł,

a także że „Na tym etapie umowa jest realizowana, jednakże GUGIK jest w trakcie uzgadniania z Wykonawcą raportów z realizacji prac w miesiącach: marzec, kwiecień i maj. Rozliczenie wskazanych powyżej okresów świadczenia usług przez firmę Royal Software Consulting Będzie możliwe dopiero po zweryfikowaniu i uzgodnieniu przez obie strony treści raportów oraz ewentualnym naliczeniu należnych Zamawiającemu kar umownych. Przedmiot umowy obejmuje wykonywanie usług w poszczególnych obszarach opisanych w załączonym Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, o której mowa powyżej.”

Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2013 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, powołując się między innymi na informacje uzyskane z Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii.

W piśmie tym Zamawiający wyraził jednoznaczną ocenę, zgodnie z którą „Zamawiający w oparciu o przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231.) wystąpił do GUGIK-u o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących przedmiotowej usługi. Zamawiający otrzymał odpowiedź, z której wynika, że wartość usług dotychczas zrealizowanych i uznanych przez Zamawiającego za należycie wykonane w ramach tej umowy wynosi 399 409,76 zł brutto (usługi realizowane od 11.2012 do 02.2013). jednocześnie rozliczenie prac wykonanych w miesiącach: marzec, kwiecień i maj nastąpi po weryfikacji i uzgodnieniu treści raportów z realizacji umowy w tych okresach oraz ewentualnym naliczeniu kar umownych przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał należytego wykonania w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto i wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.” Odwołujący nie kwestionował wezwania wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – w wyroku z dnia 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11 Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził dopuszczalność kwestionowania w drodze środka ochrony prawnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli godzi ono w interes wykonawcy, co pozwala przyjąć, że także ewentualne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty – jeśli w ocenie Odwołującego jest bezpodstawne i wyraża

niekorzystną wstępną ocenę złożonych w ofercie dokumentów – może być kwestionowane w drodze odwołania.

(2) Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył poprawiony „WYKAZ GŁÓWNYCH USŁUG” w którym ponownie podał usługę wykonywaną dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, opatrzoną dodatkowo umową dotyczącą usługi oraz protokołem przekazania dokumentacji, a także wskazał dwa dodatkowe zadania uzyskane od podmiotów trzecich z zastosowaniem dyspozycji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Podane przez Odwołującego, łącznie trzy zadania mające służyć potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie spełniły tego zadania.

(3) I tak, zadanie wykazane jako wykonane dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii trafnie zostało uznane przez Zamawiającego za nie wpisujące się w stawiany warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wartości świadczonych usług. Te – ze wskazanych wyżej względów – mogły dotyczyć jedynie wartości usług serwisowania systemu a nie wartości systemu. Stąd, nie mogła zasługiwać na aprobatę ta argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą wykonawca uczynił zadość stawianemu warunkowi, przedstawiając zadanie dotyczące serwisowania systemu informatycznego, którego wartość przekracza 2 000 000 zł. Także uzupełnione na wezwanie Zamawiającego dokumenty dotyczące tego zadania nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał bowiem, że usługa została wykonana w sposób należyty. Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* stanowi, że w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przepis wymaga zatem załączenia dowodów, że podane w postępowaniu dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający wobec uzyskania dokumentu od Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, z którego wynika, że wykonawca wykonał

usługę serwisowania o wartości jedynie 399 409,76 zł, a nie wymaganych 600 000 zł, w okolicznościach, że wykonawca nie złożył wymaganego przepisami poświadczenia a jedynie własne oświadczenie, nie miał podstaw do uznania, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów umowa i protokół przekazania dokumentacji potwierdzają jedynie rzecz niesporną – że wykonawca Royal Software Consulting spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zawarł umowę z Głównym Urzędem Geodezji i Kartografii i że świadczy wobec tego podmiotu usługi serwisowania systemu informatycznego. Istotne jest jednak, czy Odwołujący sprostał wykazaniu tej części wymagania, która stanowi o wykazaniu wykonania lub wykonywania usług należycie. To należyte wykonanie usługi nie wynika natomiast ze złożonych Zamawiającemu umowy i protokołu przekazania dokumentacji, a przeciwnie – wobec oficjalnie, w urzędowej formie i w wyniku zastosowanej procedury wynikającej z § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wyrażonego stanowiska odbiorcy usługi zasadnym było uznanie, że wykonawca nie wykazał należytego wykonania wykazywanego przez siebie zadania. Nie stanowi takiego potwierdzenia w szczególności złożone na rozprawie pismo Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z dnia 11 czerwca 2013 r., adresowane do Odwołującego, w którym się mówi: *„Informacje o parametrach zawarte w raporcie w tabeli 2 są niezrozumiałe a wręcz mogą być ze sobą sprzeczne. Proszę o ponowną weryfikację treści raportu i jednoznaczne określenie dla punktów 11, 12, 17, 18, 21 czy parametry SLA zostały dotrzymane i wiedza ta wynika z dostępnych Zamawiającemu narzędzi do monitorowania systemu. Proszę także o uzgodnienie i zaproponowanie wysokości kar, jeśli takie są zasadne w danym weryfikowanym punkcie raportu. Bez tego działania zatwierdzenie przez Zamawiającego raportu za marzec 2013 r. a tym samym rozliczenie finansowe tego okresu nie będzie możliwe. Dodatkowo zwracam uwagę, iż treść Raportu musi być zgodna z pkt 12 OPZ ZASADY RAPORTOWANIA REALIZACJI PRZEDMIOTU UMOWY oraz obowiązującą Procedurą wynikającą z pkt 15.1 OPZ ODBIÓR DOKUMENTACJI I RAPORTÓW MIESIĘCZNYCH w umowie. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania czynności utrzymaniowych we wszystkich obszarach określonych w OPZ i Zamawiający musi mieć możliwość każdorazowej weryfikacji poprawności realizacji przez Wykonawcę tych usług”*. Wynika z niego tyle, że sporną między stronami umowy o serwisowanie systemu jest kwestia należytego wykonania umowy i wysokości kar umownych z tego tytułu. Nieprzesądzenie tej kwestii pomiędzy stronami tej umowy na dzień odpowiedzi

Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii na zapytanie Zamawiającego nie oznacza, że usługę wykonano albo że jest ona, w ocenie jej odbiorcy, wykonywana należycie. Podkreślenia wymaga, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ciężar tego wykazania spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego - przepis art. 26 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

To wykonawca ma zatem wywołać przekonanie, że spełnia stawiane wymagania. Nie oznacza to, że przy istniejących wątpliwościach czy nieprzesądzeniu na dany moment w sposób definitywny okoliczności, że zadanie referencyjne wykonano nienależycie (takie definitywne ustalenie mogłoby wynikać np. z prawomocnego orzeczenia sądowego), mamy do czynienia z domniemaniem, że w czasie tej niepewności zadanie wykonane jest prawidłowo. Przeciwnie – to na wykonawcy ciąży obowiązek dowiedzenia w sposób pozytywny, że dostawę lub usługę wykonano należycie, w sposób zgodny z postawionymi wymaganiami i zadowolający jej odbiorcę. Brak takiego pozytywnego, nie budzącego wątpliwości stwierdzenia, musi obciążać wykonawcę i skutkować uznaniem, że nie zostało wykazane należyte wykonanie zamówienia.

Stąd usługa wykonywana przez Royal Software Consulting spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, której przedmiotem są „*Usługi utrzymania infrastruktury Geoportal 2*” zasadnie nie została potraktowana przez Zamawiającego jako potwierdzająca stawiany warunek udziału w postępowaniu.

- (4) Także kolejne dwa zadania, przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie mogły być uznane. Każdą z dwóch usług wykonawca posłużył się w oparciu o zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Złożone zobowiązania podmiotów trzecich posiadają następującą treść: „*Oświadczam, że zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych oddaję do dyspozycji ww. Wykonawcy następujące niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup usługi konsultacji, serwisu oraz wsparcia administracyjnego systemów KSI oraz STBS – numer postępowania 37/BII/13/AL,” posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania*

o zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie co najmniej 1 usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego o wartości co najmniej 600 000 zł brutto”.

Zamawiający, zgodnie z przepisem § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, wprowadził wymaganie złożenia przez wykonawcę, który polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, złożenia dokumentów charakteryzujących relację z podmiotem udostępniającym tego zasobu, zakres udostępnionego zasobu oraz zawierających inne, wymagane tym przepisem elementy.

Zgodnie z przepisem § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W Rozdziale VII pkt 2 SIWZ Zamawiający zawarł także następujące wymaganie: *„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania*

zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje dostęp do ich zasobów, żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów dotyczących w szczególności: 2.1 Zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, 2.2. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, 2.3. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia "

Bezspornie zobowiązania złożone przez Odwołującego w ramach uzupełnienia dokumentów nie zawierają elementów wymaganych treścią *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz przytoczonego postanowienia SIWZ.

Złożone przez Odwołującego zobowiązania podmiotów trzecich wskazują jedynie na przekazanie w sposób ogólny wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia. Nie dowiadujemy się z niego ani o zakresie ewentualnego uczestnictwa w realizacji zamówienia, zakresie dostępnych wykonawcy zasobów, ani o sposobie wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia. Postawienie - w razie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego - wymagania wykazania w dokumentach składanych przez wykonawcę elementów, o których traktuje § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, oznacza obowiązek konkretyzacji Zamawiającemu udostępnianych zasobów, zaprezentowania, w jaki sposób zostaną one wykorzystane w postępowaniu, w jakiej części podmiot trzeci będzie realizował czynności na rzecz Zamawiającego. O ile o zakresie dostępnych wykonawcy zasobów możemy wnioskować z treści stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu wykonawca zamierza sprostać posługując się zasobem należącym do podmiotu trzeciego, to na podstawie składanego w postępowaniu dokumentu powinno być wykazane, że wykonawca dysponuje tym zasobem – przy wiedzy i doświadczeniu – że, jakkolwiek wykonawca samodzielnie nie spełnia stawianego w postępowaniu warunku, nie jest w stanie pochwalić się samodzielnie wykonanymi zadaniami, jakich wymaga w danym postępowaniu zamawiający, ale znajdzie się w takiej relacji z podmiotem trzecim, że na jej

podstawie będzie można uznać, że wymagane wiedza i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia posiada. Przepis – a także za nim Zamawiający w analizowanym postępowaniu - wymaga podania szczegółowych elementów tej relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać „zobowiązania podmiotu trzeciego”, to jest podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem tyle, że ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby w ramach zamówienia, okresu tego świadczenia a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy). Wszystkie te elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* a Zamawiający w SIWZ, mają służyć przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny (względnie, przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku - co mieści się w pojęciu „charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem”), pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Te okoliczności winien wykazać wykonawca, za pomocą zobowiązania podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu, obrazującego wzajemną relację między tymi podmiotami (zobowiązanie, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy jest jedynie przykładowym środkiem dla wykazania posiadania odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego). W świetle wskazanych przepisów a także wymagań postawionych w analizowanym postępowaniu, szczegółowość i zakres informacyjny składanego przez wykonawcę dokumentu musi pozwalać na stwierdzenie, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wreszcie, jaki jest zakres i okres udziału innego

podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Te elementy – zakreślone przez przepisy i wymagane przez Zamawiającego wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, blankietowego oświadczenia nie wyrażającego w rzeczywistości stanowczych zobowiązań do konkretnego świadczenia ale – jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim – by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Powyższe skłania do przyjęcia, że zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim – z całą bowiem pewnością dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób a wykonawcą, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie publiczne na taką relację. Niezależnie zatem od jego formy, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie Zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez przepis oraz SIWZ elementy (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 r. w spr. KIO 1439/13, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 7/2013). „Zobowiązanie”, o którym w sposób przykładowy traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy, odnosi się do relacji dwustronnej, między wykonawcą a podmiotem trzecim; ma z niego wynikać, że podmiot udostępniający znajduje się w takiej relacji prawnej, na podstawie której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może posługiwać się jego zasobami jak własnymi. Złożone przez Odwołującego zobowiązania podmiotów trzecich nie pozwalają na taką ocenę – poza ogólnym wskazaniem, że przygotowano je dla przedmiotowego postępowania, i że na jego podstawie udostępniono wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, oraz przytoczony stawiany w tym postępowaniu warunek, nie zawiera pozostałych wymaganych elementów – zakresu, w jakim wskazywane podwykonawstwo ma nastąpić. Z treści tego dokumentu nie dowiadujemy się, w jakiej części i zakresie podmiot udostępniający wiedzy i doświadczenia będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia.

Nie można przy tym tego zakresu domniemywać, ani wyjaśnić – do czego zmierza Odwołujący w odwołaniu, stawiając zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w sytuacji gdy Zamawiający ocenia złożone dokumenty jako posiadające „*braki przez które Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu*”.

[6] zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy:

Stawiany w powyższym zakresie zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Podkreślenia wymaga, że zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których Zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Nie może powyższego zastąpić oświadczenie własne wykonawcy składane wobec zamawiającego, jakim byłoby wyjaśnienie dokumentu składane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Wykazanie, że wykonawca dysponuje określonymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego musi nastąpić na podstawie dokumentu opisującego relację między tymi podmiotami. Tylko bowiem dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą a podmiotem udostępniającym mu określone zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego świadczenia. Tylko zatem dokument pochodzący od tych podmiotów pozwala na ocenę, czy udostępnienie zasobów ma charakter realnego.

Zatem, ewentualne niedoskonałości w treści dokumentów stanowiących zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, odnoszące się do wymaganych przepisami oraz SIWZ elementów – oświadczeń podmiotów trzecich, mogłyby być usunięte poprzez złożenie poprawnego, opatrzonego wymaganymi elementami i oświadczeniami dokumentu stanowiącego takie zobowiązanie, co mogłoby nastąpić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący został już wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (wezwanie z dnia 26 czerwca 2013 r.) i wezwaniu temu nie uczynił zadość.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należyłą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo

od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania, przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z tego względu nie sposób było również uznać, że wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia poprawnych zobowiązań podmiotów trzecich, zawierających oświadczenia tych podmiotów wymagane w postępowaniu, a także, by potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez *zaniechanie wezwania Odwołującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. ustawy Pzp, w sytuacji gdy Zamawiający ocenia złożone dokumenty jako posiadające „braki przez które Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu”.*

Reasumując, nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, prowadzące – w ocenie Odwołującego - do naruszenia art. 7 ust 1 i 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzuty naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 22 ust. 1 i 5 zd. 1 oraz 38 ust 4 ustawy, jako dotyczące brzmienia SIWZ oraz jej wyjaśnienia uznano za spóźnione. Na obecnym etapie postępowania kształt postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być kwestionowany: termin na wniesienie odwołań w zakresie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także wyjaśnienia jej treści (dziesięciodniowy od dnia zamieszczenia specyfikacji) już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od

dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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: