



Instytucja Kultury
Samorządu
Województwa Dolnośląskiego

MUZEUM PAPIERNICTWA

w Dusznikach Zdroju

ul. Kłodzka 42
57-340 Duszniki Zdrój
tel. +48(074) 8669248, fax +48(074)8669020
e-mail: biuro@muzpap.pl
www.muzpap.pl

DN-062-78/09

Duszniki Zdrój, 30 października 2009 r.

PROTESTUJĄCY:

Konsorcjum

*Alphatec Communications Sp. z o.o.
Ul. Morcinka 33
58-500 Jelenia Góra
PPHU Connect Wojciech Kowalczyk
Ul. Długa 18/6
58-500 Jelenia Góra*

*Reprezentowane przez lidera Konsorcjum
Alphatec Communication Sp. z o.o.*

PRZYSTĘPUJĄCY DO PROTESTU:

Po stronie Zamawiającego:

*Maxicomp Przemysław Łaptuta
ul. Słodowska 4a
87-800 Włocławek*

ZAMAWIAJĄCY:

Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju
Ul. Kłodzka 42
57-340 Duszniki Zdrój

ZAWIADOMIENIE O SPOSOBIE ROZSTRZYGNIĘCIA PROTESTU

Po rozpatrzeniu protestu wniesionego dnia 21 października 2009 r. przez Konsorcjum Alphatec Communications Sp. z o.o. ul. Morcinka 33, 58-500 Jelenia Góra oraz PPHU Connect Wojciech Kowalczyk Ul. Długa 18/6, 58-500 Jelenia Góra - reprezentowane przez lidera Konsorcjum Alphatec Communication Sp. z o.o. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania p.t. „Wykonanie systemu monitoringu wizyjnego CCTV dla Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju – ETAP I” - Zamawiający - Muzeum Papiernictwa w Duszni-

kach Zdroju na podstawie art. 183 ust. 2 oraz 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (t.j. Dz. U. z 2007, r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) niniejszym oddala protest w całości.

UZASADNIENIE

W dniu 16 października 2009 r. w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pt. „Wykonanie systemu monitoringu wizyjnego CCTV dla Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju – ETAP I”, Zamawiający dokonał na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy PZP – wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym samym dniu Zamawiający poinformował wykonawców o tej czynności i wskazał, że dokonał wyboru oferty MAXICOMP Przemysław Łaptuta, z siedzibą we Włocławku, ul. Słodowska 4a.

Z tą czynnością nie zgodziło się Konsorcjum: Alphatec Communications Sp. z o.o. ul. Morcinka 33, 58-500 Jelenia Góra oraz PPHU Connect Wojciech Kowalczyk Ul. Długa 18/6, 58-500 Jelenia Góra - reprezentowane przez lidera Konsorcjum Alphatec Communication Sp. z o.o. – zwane dalej Protestującym - i w dniu 21 października 2009 r. *wniosło* protest: „wobec czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego niektórych czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, w toku o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju, ul. Kłodzka 42, 57-340 Duszniki Zdrój (...), którego przedmiotem jest „Wykonanie systemu monitoringu wizyjnego CCTV dla Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju – ETAP I(...)” zarzucając Zamawiającemu, iż „w toku przedmiotowego powstępowania naruszono przepisy art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 i inne wskazane w proteście”.

Protestujący wniósł o:

1. „unieważnienie czynności wyboru firmy MAXICOMP Przemysław Łaptuta ul. Słodowska 4a, 87-800 Włocławek, jako oferty, które powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP,
2. „dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Protestującego, jako nie podlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu”.

Przedstawiając zarzuty w stosunku do oferty firmy MAXICOMP, Protestujący podniósł, iż „w rozdziale IV SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opisując sposób dokonania oceny spełniania tych warunków, Zamawiający określił w ust. 1, pkt 1 lit. b, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać się należytych doświadczeniem. W tym samym punkcie Zamawiający określił, iż za należyte oświadczenie Zamawiający uzna realizację minimum 5 zamówień polegających na wykonywaniu systemu monitoringu wizyjnego CCTV o wartości przewyższającej 200.000 brutto łącznie, w tym co najmniej jedno zamówienie o wartości jednostkowej nie mniejszej niż 80.000 zł brutto i co najmniej 3 zamówień zrealizowanych w obiektach wpisanych do rejestru zabytków”.

Dalej Protestujący podnosi, iż „wskazane **warunki były obligatoryjne do spełnienia przez Wykonawców oraz bezwzględnie konieczne** po rygorem nie zakwalifikowania oferty do dalszego oceniania, co Zamawiający zawarł w rozdziale IX SIWZ”. Zdaniem Protestującego w pkt 5 tego samego rozdziału Zamawiający wzmocnił ten warunek jednoznacznie określając, iż za zamówienie odpowiadające swoim rodzajem należy rozumieć realizację prac związanych z wykonywaniem monitoringu wizyjnego CCTV.

Zdaniem Protestującego w ofercie MAXICOMP warunek posiadania należytego doświadczenia nie został zachowany, na skutek czego należy uznać, iż oferta MAXICOMP jest niezgodna z „minimalnymi wymaganiami SIWZ i jako taka, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego”. Ponadto, zgodnie z twierdzeniem Protestującego, uznanie posiadanego doświadczenia firmy MAXICOMP jako wystarczającego świadczyłoby o nierównym traktowaniu oferentów przez Zamawiającego i nie zachowaniu zasad konkurencyjności. Uznanie zatem przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego MAXICOMP z spełniające wymagania SIWZ naruszałoby postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Uzasadniając wskazane zarzuty Protestujący powołuje się na ofertę MAXIXOMP, gdzie w załączniku nr 3 wskazano wykonanie łącznie 7 pozycji prac na łączną kwotę 209.971,20 zł brutto. Na wezwanie Zamawiającego MAXICOMP określił, które z prac wykonywane były w obiektach zabytkowych oraz dostarczył kopie faktur, których referencje dotyczą. Zdaniem Protestującego „z faktur tych wynika, iż referencja wskazana w pozycji nr 1 na kwotę 1342 zł oraz na kwotę 1708 zł wydane przez Dwór w Smółsku Sp. z o.o. nie dotyczą prac związanych z wykonywaniem monitoringu CCTV. Prace te zgodnie z fakturami dotyczą modernizacji sieci telefonicznej oraz modernizacji sieci LAN”. Dalej Protestujący kwestionuje referencję wskazaną w pozycji 7 na kwotę 25.100 zł wystawioną przez Zespół Szkół Samochodowych dotyczy montażu telewizji dozorowej CCTV, „czyli CCTV” na kwotę 17.000 zł brutto oraz dwóch innych prac dotyczących modernizacji sieci LAN i rozbudowy sieci telefonicznej na kwotę łączną 8.100 zł, podnosząc, iż prace te nie są związane z wykonywaniem monitoringu wizyjnego CCTV. Zatem zdaniem Protestującego „należy zatem zakwestionować kwotę co najmniej 11.150 zł jako sumę jedynie trzech wyżej wymienionych prac nie związanych z wykonywaniem monitoringu wizyjnego CCTV”. W związku z tym Protestujący uzasadnia, iż po odjęciu zakwestionowanych przez niego kwot „referencje MAXICOMP wynoszą jedynie 198.821,20 zł brutto, a jest to wartość która nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wszystkim oferentom”.

W kolejnym zarzucie Protestujący podnosi, iż z treści załączonego przez MAXICOMP zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej po numerem 1520 wynika, iż żadna z wymienionych tam działalności „nie odpowiada swoim charakterem prac opisanych w SIWZ przez Zamawiającego”. W związku z tym dalej Protestujący twierdzi, iż „firma MAXICOMP nie wykazała w dniu złożenia oferty przetargowej uprawnień do wykonywania prac określonych szczegółowo przez Zamawiającego i jako taka powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wpłynięciu protestu, do postępowania protestacyjnego w dniu 26 października 2009 r. przyłączył się po stronie zamawiającego Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą ze złożonych w postępowaniu, tj. MAXICOMP Przemysław Łaptuta, wnosząc o oddalenie protestu, jako w całości bezzasadnego. Wykonawca wykazał swój interes prawny, który wynika z faktu możliwości pozyskania zamówienia, z uwagi na dokonany wynik postępowania. Ponadto w uzasadnieniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego podniósł, iż firma MAXICOMP Przemysław Łaptuta spełnia wymogi określone w art. 2 pkt 22 Ustawy PZP, a więc posiada status Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego oraz że oferta złożona w postępowaniu spełnia wymogi formalne i warunki przewidziane w SIWZ, a więc nie narusza jej postanowień. Dalej przystępujący do protestu po stronie Zamawiającego – odnosząc się do zarzutów w zakresie treści faktur nr 12/02/2009, 85/06/2009 oraz 149/09/2008 wskazuje, iż poza pozycją rozbudowy sieci telefonicznej, zarzuty te nie mają podstawy, jako że „modernizacja sieci telewizji kablowej, modernizacja sieci LAN w obiekcie Dwór w Smółsku, a także modernizacja Sieci LAN w zespole Szkół Samochodowych są nieodłącznym elementem systemu CCTV zainstalowanego ww obiektach”. Dalej dowodzi, iż za pomocą sieci LAN i telewizji kablowej w obiektach tych uruchomiony został system CCTV, „dzięki któremu dostęp do obrazu kamer będących częścią składową systemu, możliwy jest w każdej jednostce przyłączonej do sieci”. W związku z powyższym zdaniem przystępującego do protestu jego oferta odpowiada warunkowi stawianemu w pkt 5 rozdział IV SIWZ. Dalej Wykonawca podnosi, iż z przedstawionej oferty, po odliczeniu pozycji dotyczącej rozbudowy sieci telefonicznej zawartej w fakturze 149/09/2008 w kwocie 4700 zł brutto „pozostaje 205.271,20 zł brutto, a więc wymóg kwotowy określający minimalną wielkość wykonanych zamówień został spełniony”. Odwołując się do powyższego, zdaniem MAXICOMP nie ma podstaw prawnych i formalnych do odrzucenia oferty MAXICOMP. Do swojego przystąpienia MAXICOMP dołączył oświadczenia złożone przez: Dwór w Smółsku Sp. z o.o potwierdzające wykonanie prac montażowych przy modernizacji i rozbudowie systemu CCTV IP dotyczące faktur 12/02/2009, 155/10/2008, 85/06/2009 oraz Zespół Szkół Samochodowych we Włocławku stwierdzające, iż firma MAXICOMP wykonała instalację systemu CCTV, czego potwierdzenie jest faktura 149/09/2008.

Po dokonaniu ponownej wnikliwej i szczegółowej analizy zebranych w niniejszej sprawie dokumentów, tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej w skrócie SIWZ), treści protestu wraz z jego uzasadnieniem, zgłoszenia przystąpienia do protestu po stronie zamawiającego, treści złożonych ofert, w szczególności oferty wykonawcy, wobec którego podniesiono zarzuty oraz obowiązujących przepisów prawa, między innymi ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą lub w skrócie pzp) i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych, stwierdzić należy, iż protest jest niezasadny.

Protestujący podniósł, że „Zamawiający określił, iż za należyte oświadczenie Zamawiający uzna realizację minimum 5 zamówień polegających na wykonywaniu systemu monitoringu wizyjnego CCTV o wartości przewyższającej 200.000 brutto łącznie, w tym co najmniej jedno zamówienie o wartości jednostkowej nie mniejszej niż 80.000 zł brutto i co najmniej 3 zamówień zrealizowanych w obiektach wpisanych do rejestru zabytków”.

Zamawiający musi wskazać, iż w Rozdziale IV ust. 1 lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określono - zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy PZP- , iż wykonawcy muszą posiadać niezbędną wiedzę oraz doświadczenie. Ponadto Wykonawcy winni wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot postępowania, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączą dokumenty potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane należyście.

Za posiadanie należytego doświadczenia Zamawiający wskazał, iż uzna realizację min. 5 zamówień polegających **na wykonaniu prac związanych z wykonaniem systemu monitoringu wizyjnego CCTV** (a nie jak podaje Protestujący min. 5 zamówień polegających na wykonywaniu systemu monitoringu wizyjnego CCTV) o wartości przewyższającej kwotę 200.000 brutto łącznie, w tym: - co najmniej jedno zamówienie o wartości jednostkowej nie mniejszej niż 80.000 zł brutto, - co najmniej 3 zamówień zrealizowanych w obiektach wpisanych do rejestru zabytków nieruchomości.

Zgodnie z powyższym w SIWZ nie określono, jak podaje Protestujący, iż chodzi o realizację zamówień polegających na „wykonywaniu systemu monitoringu CCTV”. Zamawiający sprecyzował, co rozumie pod pojęciem zamówień tego samego rodzaju. W rozdziale IV ust. 5. SIWZ Zamawiający określił, iż „Za zamówienia odpowiadające swoim rodzajem zamówieniu stanowiącemu przedmiot postępowania – należy rozumieć **realizację prac związanych z wykonaniem systemu monitoringu CCTV**”.

Odnosząc się do pojęcia zamówień odpowiadających swoim rodzajem zamówieniu stanowiącemu przedmiot niniejszego postępowania z pewnością pod terminem tym nie kryją się zamówienia tożsame z zamówieniem stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania, ponieważ wiązałoby się to z naruszeniem przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych – bezzasadne zawężenie kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu i tym samym ograniczenie uczciwej konkurencji. Pogląd taki odzwierciedla również dotychczasowe orzecznictwo Zespołu Arbitrów. M.in. w wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2953/06) Zespół Arbitrów stwierdza: „Zamawiający na podstawie § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87poz. 605) może żądać m.in. wykazu wykonanych dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Już z samego brzmienia powołanego wyżej przepisu wynika, iż wolą ustawodawcy było objęcie jego dyspozycją usług i dostaw, niekoniecznie tożsamy z przedmiotem zamówienia. Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż **wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze**”.

Ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m. in. o analizę zakresu przedmiotowego

zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia, zdolności ekonomicznej oraz finansowej czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego, zdolności technicznej oraz ekonomiczno - finansowej istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Zamawiający określa i formułuje warunki udziału w postępowaniu, w granicach, które uzna za adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz w zakresie, który uzna za niezbędny do zapewnienia bezpiecznego, rzetelnego czy sprawnego wykonania zamówienia przez wykonawcę”.

Reasumując, precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający opierał się na obiektywnych i miarodajnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie określenie warunków nie doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki powinny być formułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot (zakres) świadczenia wykonawcy zawarty w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sformułowanie "odpowiadający swoim rodzajem" oznacza, że w przedmiotowej sprawie wykazywane zamówienia powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2953/06, dotyczący usług i dostaw). Sformułowanie „odpowiadających swoim rodzajem” oznacza, iż wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze.

Użycie określenia „realizacja prac związanych z wykonywaniem systemu monitoringu wizyjnego CCTV” miało na celu uniknięcie bezzasadnego zawężenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy – zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko wykonawców umożliwiających należyte wykonanie zamówienia, która leży w interesie zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania zawartego w art. 22 ust. 1 ustawy nie jest jakiegokolwiek dowolne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/09) stwierdzając, że: „Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia”.

Zatem do kręgu prac pozwalających zakwalifikować posiadanie doświadczenia wymaganego w danym postępowaniu na gruncie postanowień Rozdziału IV SIWZ należy uznać nie tylko wykonanie kompletnego systemu monitoringu wizyjnego, zarówno w zakresie dostawy, instalacji i montażu, ale również w szczególności rozbudowę, modyfikację czy modernizację tego systemu oraz poszczególnych jego elementów.

W tym kontekście wykazanie przez MAXICOMP Krzyszof Łaptuta realizacji prac rodzajowo podobnych i niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania systemu, np. wykonanie modernizacji telewizji kablowej oraz modernizacji sieci LAN spełniałoby opisany wyżej warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego nie uwzględnienie odwołania spowodowałoby bezzasadne zawężenie kręgu pod-

miotów mogących wziąć udział w postępowaniu i tym samym ograniczenie uczciwej konkurencji. Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2008 r. odnoszącą się wprawdzie do robót budowlanych (sygn. akt: KIO/UZP 517/08), oceniając doświadczenie Wykonawców należy odnieść się jedynie do rodzaju wskazanych robót w ogólności, by uzyskać racjonalną pewność, iż Wykonawca, o ile jego oferta zostanie wybrana, będzie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia.

Dalej Protestujący podnosi, iż określone w rozdziale IV „**warunki były obligatoryjne do spełnienia przez Wykonawców oraz bezwzględnie konieczne** po rygorem nie zakwalifikowania oferty do dalszego oceniania, co Zamawiający zawarł w rozdziale IX SIWZ”.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż w rozdziale IX SIWZ określił kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z postanowienia tego rozdziału poinformował Wykonawców, iż jedynym kryterium oceny ofert jest CENA.

Odnosząc się zatem do błędnych twierdzeń Protestującego odnośnie bezwzględnej konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz nie możliwości ewentualnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 Pzp - uznanie żądania Protestującego prowadziłoby do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 13 kwietnia 2007 r. Do tego czasu, podstawą faktyczną zastosowania powyższego artykułu było przedłożenie dokumentów zawierających błędy. Sformułowanie „dokumenty zawierające błędy” odnoszono, przede wszystkim, do braków formalnych dokumentów np. dokument nieaktualny, złożony w niewłaściwej formie, bez poświadczenia za zgodność z oryginałem. (Wyrok Zespołu Arbitrów z 20.02.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-146/07). Przed nowelizacją z dnia 13 kwietnia 2007 r. uzupełnienie dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku było niemożliwe, co skutkowało wykluczeniem z udziału postępowaniu oraz odrzuceniem z mocy prawa jego oferty.

W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wykonawcę, który wprawdzie złożył żądany dokument, ale nie potwierdza on spełnienia warunku (J. Sadowy, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, [w:]Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s.135, patrz także: Odpowiedzi na pytania zgłaszane przez uczestników seminarium szkoleniowego w dniu 26.07.2007 r. – odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez miasto Łódź, strona internetowa UZP).

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.05.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-543/07), jak również w orzeczeniach KIO: Wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 04/08: „*Ratio legis* art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przemawia za dopuszczeniem możliwości uzupełniania dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści. Obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Niewezwanie wykonawcy, który złożył dokumenty świadczące o braku spełnienia warunku do ich uzupełnienia mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, bowiem wykonawca niespełniający warunków, który złożył stosowny dokument, byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast wykonawca, który nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wezwany do uzupełnienia dokumentów. W związku z powyższym uznać należy, iż złożenie dokumentu wskazującego na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie przesłanek art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji uznać należy, że wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu”.

Zatem w braku w ofercie firmy MAXICOMP informacji, które z obiektów określonych w wykazie posiadają status zabytku wpisanego do rejestru zabytków nieruchomości - obowiązkiem Zamawiającego - na gruncie art. 26 ust. 3 PZP – było wystąpienie o uzupełnienie dokumentów o te informacje. Ponadto kierując koniecznością rzetelnej i zgodnej z treścią art. 7 ust. 1 ustawy PZP oceny dokumentów, Zamawiający zwrócił się do MAXICOMP o uzupełnienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie

zrealizowanych zamówień łącznie z informacjami dotyczącymi wartości wykonanych prac, ich przedmiotu i daty wykonania. Bynajmniej nie przysługiwało Zamawiającemu prawo wystąpienia o przedłożenie nowych referencji zgodnych z treścią żądania, bowiem zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zespół Arbitrów przepisy prawa nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencje. Nie można zatem wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji danej pracy posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada na żądane do podania informacji (wyrok ZA z dnia 9 lutego 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-346/06). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87poz. 605), Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że te dostawy (lub usługi) zostały wykonane należycie. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Nie można jednak żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Informacje takie mogą wynikać nawet jedynie z oświadczenia wykonawcy (wyrok ZA z dnia 11.04.2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-640/0).

Zgodnie z dyspozycją omawianego przepisu Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełniania lub złożenia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (tj. zachodzi jedna z przesłanek określonych w art. 93 ustawy). W tych dwóch przypadkach uzupełnianie dokumentów staje się bezprzedmiotowe. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku uzupełniania dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, jest wyrazem dążenia ustawodawcy do respektowania zasady równego traktowania Wykonawców oraz uniemożliwia podejmowanie przez Zamawiającego arbitralnych decyzji w przedmiocie wzywania do uzupełnienia.

Zamawiający poza obowiązkiem żądania uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 4 w wyznaczonym przez siebie terminie wzywa także Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Możliwość żądania wyjaśnień nie oznacza dla Zamawiającego uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, w szczególności Zamawiającego, który wobec Wykonawcy powziął wątpliwość co do rzetelności oświadczeń, nie może (jeżeli nie żądał tego wszczynając postępowania) zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedłożył nowe dokumenty referencyjne potwierdzające należyte wykonanie wszystkich zamówień określonych w wykazie łącznie z kopiami faktur.

Jakkolwiek Zamawiający nie mógł żądać i nie żądał ponownego przedłożenia nowych referencji, to Wykonawca, zdecydował się na taki sposób wyjaśnienia wątpliwości. Potwierdzenie należytego wykonania usługi może być wykazywane za pomocą różnych dokumentów np. referencji, protokołów odbioru, adnotacji na wystawionej fakturze i innych dokumentów zwyczajowo przyjętych w stosunkach gospodarczych. O należyтым wykonaniu dostawy bądź usługi może bowiem świadczyć także sformułowanie „przyjęto bez zastrzeżeń”, „bez uwag”, „współpraca układała się doskonale”, „nie ma zastrzeżeń do jakości i terminowości świadczenia” itp. Wystawca jest bowiem podmiotem trzecim nie biorącym udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i żądania zamawiającego mogą być wyłącznie kierowane do wykonawców, a nie do takich podmiotów trzecich.

Na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień MAXICOMP przedłożyło 7 dokumentów referencji, które w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż Wykonawca wykazał należyte wykonanie zamówień określonych w przedłożonym wykazie. Łącznie z nowymi referencjami przedłożył kopie faktur VAT, których poszczególne pozycje kwestionuje Protestujący. Jak już wyżej wskazano pierwsze, zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwa-

nego wykonawcy. Intencją zamawiającego było, aby Wykonawca uzupełnił wykaz wykonanych zamówień o informacje dotyczące zabytkowego charakteru obiektów oraz udzielił wyjaśnień dotyczących treści złożonych referencji uzupełniając je o dokumenty potwierdzających należyte wykonanie określonych w wykazie zamówień, jako, że zgodnie z zapisami SIWZ z przedstawionego wykazu oraz załączonych dokumentów winno jednoznacznie wynikać, że Wykonawca spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego przedłożone, w wyniku uzupełnienia, dokumenty referencji w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż Wykonawca wykazał należyte wykonanie zamówień określonych w przedłożonym wykazie. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz § 1 ust. 2 pkt 2 cyt. rozporządzenia określa zakres warunku i dokumenty na jego potwierdzenie. Ustawodawca kładzie tam nacisk na to, że dostawa bądź usługa, która ma potwierdzać doświadczenie ma odpowiadać rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, czyli jej przedmiot określony w umowie ma te wymogi spełniać. Zatem nie treść samej faktury – a więc w swej istocie dokumentu księgowego – potwierdza rodzaj danego zamówienia, a rozstrzyga o tym treść wiążącego strony stosunku prawnego, a więc umowa. Zatem w tym zakresie referencje, oświadczenia bądź inne dokumenty pochodzące od stron umowy są miarodajne do określenia co było przedmiotem zawartej przez nie umowy. Z ostrożności należałoby stwierdzić, iż przyjęcie odmiennego założenia przyznawałoby Zamawiającemu nieprzystługujące uprawnienie do weryfikowania treści dokumentów księgowych pochodzących z innych postępowań.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając treść oświadczeń odnośnie realizacji prac określonych w referencjach oraz wyjaśnienia Przystępującego do protestu – Zamawiający stwierdza, iż firma MAXICOMP Krzysztof Łaptuta z siedzibą we Włocławku spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale IV ust. 1 lit. b tj. wykazała wykonanie zamówień o wartości przewyższającej łącznie 200.000 zł brutto, w tym co najmniej jedno o wartości jednostkowej min. 80.000 zł i co najmniej 3 zrealizowanych w obiektach wpisanych do rejestru zabytków.

W kolejnym zarzucie Protestujący podnosi, iż z treści załączonego przez MAXICOMP zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej po numerem 1520 wynika, iż żadna z wymienionych tam działalności „nie odpowiada swoim charakterem prac opisanych w SIWZ przez Zamawiającego”. Dalej Protestujący twierdzi, iż „firma MAXICOMP nie wykazała w dniu złożenia oferty przetargowej uprawnień do wykonywania prac określonych szczegółowo przez Zamawiającego i jako taka powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona”.

Odpowiadając na treść zarzutu zamawiający podkreśla, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Ponadto na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Treść § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, określa jakich dokumentów może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy.

Powyższe przepisy określają także szczegółowo, w jakich terminach powyższe dokumenty powinny obowiązywać lub w jakich powinny zostać wystawione. Należy wskazać, iż § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia nie zawiera analogicznych do zawartego w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia zapisu „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku (...)**”. Interpretacja powyższego zapisu oraz analiza art. 22 i art. 24 ustawy wskazuje na fakt, iż warunki w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz warunek, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia nie mogą być modyfikowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, iż zamawiający w powyższym zakresie jest związany bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustaw szczególnych regulujących tę materię i nie ma w tym zakresie swobody w ustalaniu warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) wskazała, że: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 Pzp reguluje okoliczności podmiotowo odnoszące się do wykonawców i decydujące o możliwości ubiegania się przez nich o udzielenie zamówienia publicznego, zwane dalej w ustawie warunkami udziału w postępowaniu. Za wyjątkiem pkt. 1 powołanego przepisu, którego zastosowanie i zakres normowania determinują inne przepisy, w odniesieniu do pkt. 2 i 3 pełną swobodę i uprawnienie, co do określenia i wskazania niezbędnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, personalnego czy finansowego jakimi musi wykazywać się wykonawca dla uzyskania danego zamówienia, ustawodawca pozostawił zamawiającemu”. Obowiązek spełnienia warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy wynikać może z samego faktu, iż przedmiot zamówienia obejmuje czynności lub wykonywanie określonej działalności, dla której przepisy rangi ustawowej określają szczególne warunki lub przesłanki ich wykonywania. W zakresie przesłanki określonej w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy warunek nie podlegania wykluczeniu powinien zostać spełniony przez wykonawcę w każdym przypadku. Ponadto zawarty w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia, wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy, zapis „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku (...)**” wskazuje dodatkowo, że zamawiający w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, kadry i potencjału technicznego oraz ekonomiczno – finansowego, ma prawo żądać dokumentów wskazanych w ww. przepisach rozporządzenia tylko i wyłącznie, jeżeli w danym postępowaniu sformułował warunki udziału w zakresie przesłanek określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Wobec powyższego spełnienie warunków w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej oraz ekonomiczno – finansowej jest badane i weryfikowane przez zamawiającego na etapie postępowania jeżeli te warunki zostały wyraźnie sprecyzowane w postępowaniu.

Konieczność badania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy jest niezależna od ich sprecyzowania w postępowaniu gdyż powyższą materię reguluje art. 24 ustawy oraz w odniesieniu do uprawnień koniecznych do wykonywania określonej działalności lub czynności ustawy szczególne. Wszakże art. 24 ustawy wskazuje szereg zdarzeń prawnych i faktycznych, które decydują z mocy samego prawa o fakcie wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Można wobec powyższego stwierdzić, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy zostały doprecyzowane przez samego ustawodawcę w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w ustawach szczególnych.

Od woli zamawiającego zależy jedynie, czy na ich potwierdzenie w związku z art. 26 ust. 2 ustawy zażąda przewidzianych w rozporządzeniu dokumentów czy też poprzestanie na samych oświadczeniach. W związku z treścią art. 26 ust. 1 ustawy w odniesieniu do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający będzie miał obowiązek żądania dokumentów na potwierdzenie postawionych w postępowaniu warunków. Powyższe nie oznacza jednak, iż w postępowaniu nie może dojść do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy w odniesieniu do przesłanek wyrażonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Z powyższym naruszeniem będziemy mieli do czynienia w przypadku gdy zamawiający żądał będzie od wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności pomimo braku ustawowego obowiązku ich posiadania. Za niedopuszczalny warunek należy uznać również żądanie od wykonawców aby dokumenty rejestrowe (wpis do ewidencji działalności gospodarczej lub wpis do Krajowego rejestru Sądowego) obejmowały swoim zakresem przedmiot zamówienia. Wskazany w dokumentach rejestrowych przedmiot działalności przedsiębiorcy nie ogranicza możliwości działalności podmiotu w zakresie nieobjętym zawartym w dokumentach rejestrowych wykazem. Dane zawarte w ww. dokumentach mają znaczenie informacyjne i statystyczne. Ich wyspecyfikowanie na etapie rejestracji przedsiębiorcy ma charakter deklaracji, co do przyszłego funkcjonowania tego podmiotu na rynku i nie może być podstawą jakichkolwiek ograniczeń nie przewidzianych przepisami prawa.

Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1084/08), w którym Izba wskazała, że: „**Polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności gospodarczej od ujawnienia w ewidencji działalności gospodarczej danego rodzaju działalności (opisany przy użyciu odpowiednich kodów i nazw), jeżeli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Zgodnie ze stanowiskiem UZP zawartym na str. 126 Komentarza pod red. T. Czajkowskiego (Warszawa 2007) ustawa p.z.p. nie daje podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony**

we właściwym rejestrze (bądź ewidencji) odpowiadał przedmiotowi określoneemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD) (...)”.

W orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2005 r. (UZP/ZO/0-107/05) zostało wskazane, że: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, Zamawiający winien żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, **jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania w zakresie objętym zamówieniem publicznym.**

Podobnie w wyroku z dnia z dnia 21 sierpnia 2008 r. (sygn.akt KIO/UZP 815/08) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wymóg posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, może wynikać jedynie z obowiązku nałożonego ustawą, a brak wpisu kodu PKD w ewidencji działalności gospodarczej nie przesądza o profesjonalizmie bądź jego braku, czyli o możliwości realizacji zamówienia, jeżeli wykonawca jest w stanie wykazać odpowiedni potencjał techniczny i doświadczenie do realizacji danego zamówienia.

Działalność objęta przedmiotem zamówienia nie jest działalnością regulowaną i nie wymaga koncesji, ani zezwoleń, a tym samym nie odbiera przymiotu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie zarejestrował w ewidencji działalności gospodarczej określonych rodzajów działalności. Wskazać należy, że do wykonywania zakresu czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia nie jest konieczne posiadanie przez wykonawcę jakiegokolwiek zezwolenia administracyjnego. Wobec powyższego, nie można odmówić prawa do wykonywania określonej działalności, skoro nie jest ona w żaden sposób koncesjonowana (nie podlega żadnym ograniczeniom administracyjnym). Sposób klasyfikacji rodzajów działalności (czy to wg PKD czy wg PKWiU) nie ma znaczenia dla określenia, czy dany podmiot posiada uprawnienie do wykonywania określonej czynności. „Fakt, że z odpisu z właściwego rejestru wykonawcy nie wynika, że prowadzi on działalność objętą przedmiotem zamówienia, nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych: (wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 02.08.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1937/05); organ dokonujący wpisu do właściwego rejestru (ewidencji) nie rozstrzyga o prawie do prowadzenia działalności. Takie stanowisko zajmowała również Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok sygn. akt KIO/UZP 22/08, KIO/UZP 82/08) i Sąd Okręgowy (wyrok SO w Kaliszu, sygn. akt VI Ga 29/08).

W świetle powyższego zarzuty Protestującego nie znajdują potwierdzenie w obowiązującym stanie prawnym i tym samym Zamawiający oddala w całości protest jako bezzasadny

POUCZENIE

Na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) od niniejszego oddalenia protestu nie przysługuje odwołanie. Protest jest ostatecznie rozstrzygnięty.

Prosimy o potwierdzenie w dniu dzisiejszym odbioru niniejszego pisma faksem na numer telefonu: +4874-8660-020 lub e-mailem na adres: biuro@muzpap.pl W razie braku wyraźnego potwierdzenia z Państwa strony w postępowaniu dowodowym zamawiający przedłoży dowód nadania faksu lub pisma przesłanego pocztą elektroniczną.

Z poważaniem

Dyrektor Muzeum Papiernictwa w Dusznikach Zdroju
Dr hab. Maciej Szymczyk