

Sygn. akt: KIO 1240/14

POSTANOWIENIE

z dnia 25 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 czerwca 2014 r. przez

Esaprojekt Sp. z o.o. ul. Długa 1-3, 41-506 Chorzów

w postępowaniu prowadzonym przez

Województwo Łódzkie – Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego

al. Józefa Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź

na „modernizację istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-Usługi)”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 232-402292,

przy udziale wykonawcy **Konsultant Komputer Sp. z o.o. ul. Szamotulska 44, 60-366 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. U.E. C 115 z 9 maja 2008 r.) skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:

Pytanie 1.: Czy art. 51 w związku z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej „dyrektywą 2004/18/WE”) zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca

w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje (tj. wykonane dostawy), niż wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności, czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?

Pytanie 2.: Czy, w świetle orzeczenia Trybunału z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, z którego wynika, że „zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata”, art. 51 dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też, że Trybunał wskazał tylko jedną z możliwości, a uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku?

Pytanie 3.: W przypadku odpowiedzi na pytanie 2. wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu C-336/12 Manova, czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje w przypadku, gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?

Pytanie 4.: Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które pojedynczo nie posiadają wymaganej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy doświadczenie to jest niepodzielne (tzn. warunek udziału w postępowaniu musi być spełniony przez wykonawcę w całości) oraz wykonanie zamówienia jest niepodzielne (stanowi jedną całość)?

Pytanie 5.: Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie

powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?

Pytanie 6.: Czy art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za „winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy też wykonawcę, który przedstawił informacje co prawda prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?

Pytanie 7. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z deklarowaną w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, pomimo że zamawiający w ogłoszeniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał takiej możliwości?

UZASADNIENIE

I Ramy prawne

Regulacje unijne

1) Art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na

roboty budowlane, dostawy i usługi: „>>Zamówienia publiczne<< oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.”

2) Art. 2 dyrektywy 2004/18/WE: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

3) Art. 44 dyrektywy 2004/18/WE: „1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55, z uwzględnieniem art. 24, po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.

2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48. Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.”

4) Art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE: „g) Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który [...] jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.”

5) Art. 48 dyrektywy 2004/18/WE: „1. Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane zgodnie z ust. 2 i 3.

2. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

a) [...] ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych [...]

3. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

4. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

5. W procedurach udzielania zamówień publicznych, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług lub realizacji robót budowlanych, zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

6. Instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert, które z dokumentów wymienionych w ust. 2 życzy sobie otrzymać.”

6) Art. 51 dyrektywy 2004/18/WE: „Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie.”

Regulacje krajowe

1) Art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047, 1473, z 2014 r. poz. 423) zwanej dalej „ustawą Pzp”: „Ilekcrc w ustawie jest mowa o: [...] zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.”

2) Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

3) Art. 22. ustawy Pzp: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. [...]

5. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego

wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”

4) Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania [...].”

5) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu [...].”

6) Art. 26 ustawy Pzp: „1. Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. [...]”

2a. 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.

2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. [...]

3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1."

7) Art. 36 ustawy Pzp: „1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: [...]

5) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;

6) wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu; [...]"

8) § 1 ust. 1 pkt 3 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. z 2013 r. poz. 231): „W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy [...] zamawiający może żądać następujących dokumentów: [...] 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”.

9) § 1 ust. 6 rozporządzenia 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.

10) Art. 9. ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.): „§ 1. Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi.

§ 2. Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć.

§ 3. Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć.”

11) Art. 355. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121): „§ 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

§ 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.”

12) Art. 415. ustawy Kodeks cywilny: „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.”

II Stan faktyczny

Informacje ogólne

Spór w niniejszej sprawie powstał w wyniku działania instytucji zamawiającej (zamawiającego) – Województwa Łódzkiego, która prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-Usługi)” wybrała jako najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę złożoną przez Konsultant Komputer Sp. z o.o.

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 232-402292 ze względu na wartość przekraczającą tzw. „progi unijne”. Postępowanie prowadzone jest w procedurze otwartej (przetargu nieograniczonym).

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części obejmujące poszczególne zakłady opieki zdrowotnej i dopuścił składanie ofert częściowych. Spór pomiędzy stronami dotyczy części 3 (zadania nr 3).

Stanowiska stron postępowania odwoławczego

Odwołujący

Odwołujący Esaprojekt Sp. z o.o. korzystając z przysługujących mu uprawnień, wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwej, mającej wpływ lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zarzut wycofany podczas rozprawy w zakresie dokumentów wymaganych od podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje),
3. zaniechania wezwania wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. do wyjaśnień treści złożonych w ramach uzupełnienia dokumentów, czym zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut wycofany podczas rozprawy),
4. wybór oferty Konsultant Komputer Sp. z o.o., podczas gdy powinna być ona odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, tj. który m.in. złożył informacje nieprawdziwe, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Konsultant Komputer Sp. z o.o.; dokonania ponownej czynności oceny ofert i wykluczenia wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 kwietnia 2014 roku sygn. akt KIO 599/14 zamawiający unieważnił czynność pierwszego wyboru oferty wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. i wezwał go do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania nr 3, tj. należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie przynajmniej 2 zamówień obejmujących (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej

dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą łóżek 200, o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 PLN (słownie: czterysta pięćdziesiąt tysięcy) brutto.

W wykazie wykonanych dostaw na potwierdzenie spełniania ww. warunku Konsultant Komputer Sp. z o.o. wymienił dwa zrealizowane zamówienia, w tym dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej w zakładzie opieki zdrowotnej o wartości 2.009.470,54 zł brutto na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku,

Zamawiający porosił o złożenie wyjaśnień i wykazanie, że ww. zamówienia zawierają funkcjonalności określone przez zamawiającego jako część szara, tj. że zawierają następujące obszary funkcjonalne: obsługa finansowo-księgową, obsługa kasy, obsługa fakturowania, obsługa ewidencji kosztów, obsługa kadrowo-płacowa, obsługa środków trwałych, wraz z bazą danych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsultant Komputer Sp. z o.o. wskazał, że ww. zamówienie zawiera funkcjonalności określone przez zamawiającego jako część szara. Wyjaśnił też, że załączone do oferty referencje dotyczą realizacji dwóch umów, tj. umowy nr 51/2/2010 z 5 października 2010 r. oraz umowy nr 62/2010 z 6 grudnia 2010 r.

Po analizie tych wyjaśnień zamawiający uznał, że Konsultant Komputer Sp. z o.o. nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W piśmie tym zamawiający stwierdził, iż żadna z dwóch umów zrealizowanych dla Szpitala w Słupsku nie obejmuje jednocześnie dostawy, instalacji, konfiguracji i wdrożenia zintegrowanego systemu szpitalnego (HiS) w części białej i szarej, gdyż zgodnie z warunkiem wyrażonym w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia każde zamówienie powinno obejmować wszystkie elementy wymienione w punkcie 6.1.2. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 13 ustawy Pzp przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Wezwanie do uzupełnienia nie zostało zakwestionowane przez Konsultant Komputer Sp. z o.o. Uzupełnił on dokumenty posługując się doświadczeniem udostępnionym przez inny podmiot, tj. Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o. o. dotyczące: 1) wdrożenia w Szpitalu w Janowie Lubelskim oraz 2) wdrożenia w Okręgowym Szpitalu Kolejowym w Lublinie. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Konsultant Komputer Sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego Konsultant Komputer Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż w okolicznościach faktycznych sprawy w sposób zamierzony zostały złożone nieprawdziwe informacje. Było to świadome działanie wykonawcy obliczone na skutek w postaci udowodnienia spełnienia warunku

udziału i uzyskania zamówienia. Informacją tą jest złożone w wyjaśnieniach z 29 kwietnia 2014 r. dwukrotne zapewnienie, że zamówienie wykonane dla szpitala w Słupsku zawiera zarówno część białą jak i szarą, podczas gdy tak nie było, co stwierdził sam zamawiający wskazując, że usługa ta nie spełnia warunku. Poza tym były to dwa różne zamówienia, a nie jedno, jak usiłował wywodzić Konsultant Komputer Sp. z o.o.

Istotne jest to, że wykonawca Konsultant Komputer Sp. z o.o. składał wyjaśnienia w sytuacji szczególnej, tj. w wyniku nakazania takiej czynności wyrokiem, w którym Izba uznała żądanie wykluczenia za przedwczesne wobec zaniechania wezwania do wyjaśnień. Sytuacja wezwania do wyjaśnień w ramach realizacji wyroku Izby oznacza zatem stan, w którym wzywany wykonawca powinien podwoić swoją staranność, bowiem wiadome już jest, iż określone treści jego oferty budzą uzasadnione wątpliwości. Konsultant Komputer Sp. z o.o. miał dużo czasu na opracowanie wyjaśnień, gdyż spodziewał się wezwania do nich. Nie można zatem mówić, iż składając te wyjaśnienia działał „nieświadomie”, omyłkowo czy pod wpływem presji czasu.

Zatem złożone wyjaśnienia dowodzą świadomości i celowości złożenia nieprawdziwych informacji. Wynika zarówno z ich treści – celowe „mylenie” liczby pojedynczej i mnogiej (jedno „zamówienie”, które staje się „dwoma umowami”), jak i z treści tych umów, która wskazuje na inny niż podany w wyjaśnieniach zakres przedmiotowy tych umów. Wykonawca znał treść i zakres obydwu umów, gdyż sam je realizował. Wykonawca powinien był przyznać, iż kwestionowana pozycja wykazu nie potwierdza wykonania wymaganego zakresu czynności i wnieść o wezwanie go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien był wykluczyć Konsultant Komputer Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamiast wzywać go do uzupełnienia dokumentów, co również jest wadliwe, gdyż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie można wezwać do uzupełnienia dokumentów, jeżeli oferta i tak podlegałaby odrzuceniu, a oferta Konsultant Komputer Sp. z o.o., właśnie z uwagi na złożenie nieprawdziwej informacji, do takich należy.

Poza tym przedłożone zobowiązanie firmy Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o. o. nie może być wzięte od uwagę jako potwierdzające spełnienie warunków, gdyż zobowiązano się w nim wystąpić „w charakterze doradcy i konsultanta”. Taki zakres udostępniania doświadczenia jest niewłaściwy, gdyż powinno mieć ono charakter podwykonawstwa oraz jest ono sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w której dopuszczono posłużenie się zasobami udostępnionymi w zakresie wiedzy i doświadczenia wyłącznie w sytuacji, gdy podmiot będzie brał udział w wykonaniu niniejszego zamówienia (pkt 7.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a treść zobowiązania musi określać: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposób wykorzystania zasobów innego

podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia; charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zobowiązanie to nie spełnia przesłanki, która określa, że można powoływać się na wiedzę i doświadczenie wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia, ponieważ przedmiotem niniejszego zamówienia jest zakup i dostawa zintegrowanego systemu szpitalnego do obsługi części administracyjnej oraz do obsługi części medycznej, a nie usługi związane z doradztwem i konsultacjami. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wskazać w zobowiązaniu, jaki będzie zakres udziału innego podmiotu, zakres ten powinien korespondować z treścią przedmiotowego zamówienia.

Institucja zamawiająca (zamawiający)

W odpowiedzi na odwołanie instytucja zamawiająca podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko i wniosła o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji jest nieuzasadniony. Informacje nieprawdziwe to informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym, nieznajdujące potwierdzenia w faktach. Konsultant Komputer Sp. z o.o. nie przedstawił informacji niezgodnych z rzeczywistością, bowiem w wyjaśnieniach z 29 kwietnia 2014 r. wskazał zgodnie z prawdą, że zamówienie dla szpitala w Słupsku to w istocie zamówienie obejmujące dwie umowy, określił również zakres tych umów, które zostały załączone do wyjaśnień. Zatem nie sposób postawić wykonawcy zarzutu, że podane informacje są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, bowiem wykonawca przedstawił informacje zgodne z prawdą, przy czym w jego ocenie wykonane zamówienie pozwoliło mu na wykazanie warunku opisanego w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Różnice poglądów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczą nie faktów wskazanych w piśmie wykonawcy z 29 kwietnia 2014 r., a ich oceny w świetle postawionego warunku.

Konsultant Komputer Sp. z o.o. ocenił, iż obydwie umowy to w istocie jedno zamówienie razem obejmujące część szarą i część białą, które łącznie pozwalają na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający natomiast stwierdził, że usługa ta nie spełnia warunku z punktu 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym każde zamówienie powinno obejmować wszystkie elementy wymienione w tym punkcie. Żadna z dwóch umów nie obejmuje dostawy, instalacji, konfiguracji i wdrożenia zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej. Zamawiający uznał, że usługa wykonywana dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku to dwa inne

zamówienia i dlatego wezwał wykonawcę do złożenia wykazu usług. Fakty były zatem bezsporne i wskazane przez wykonawcę zgodnie z rzeczywistością, różnica dotyczyła jedynie oceny tych faktów.

W ocenie zamawiającego złożone informacje nie mogły mieć również wpływu na wynik prowadzonego postępowania, bowiem zostały złożone rzetelnie (zakres prac przedstawiono zgodnie z prawdą) wraz z załączeniem umów, na podstawie których zamawiający był w stanie ocenić zakres usługi i tym samym ocenić spełnienie warunku.

Gdyby przyjąć pogląd odwołującego, brak byłoby uzasadnienia dla istnienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w każdym wypadku, gdy ocena przedstawionych dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana przez zamawiającego jest negatywna, winien on stwierdzić, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego zarzut w stosunku do treści zobowiązania wystawionego przez firmę Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. jest bezzasadny.

Błędne jest założenie, iż udział podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie powinien mieć charakter podwykonawstwa, nie wynika bowiem ani z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Oddanie wiedzy i doświadczenia może odbywać się poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie posłużył się bowiem wprost określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestnictwem przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym. W związku z tym uczestnictwo podmiotu udostępniającego zasoby w charakterze doradcy i konsultanta jest dopuszczalne i gwarantuje realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, iż będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze doradcy i konsultanta, stanowi informację o zakresie jego udziału przy wykonywaniu zamówienia, bowiem wskazuje sferę działania tego podmiotu.

Przystępujący

Przystępujący po stronie zamawiającego poparł stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego. Stwierdził, iż przedstawienie nieprawdziwych informacji zakłada działanie

umyślne oraz ukrycie tych informacji z założeniem, że nie zostaną one ujawnione. Nie można założyć, że sama próba wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, która jest nieudana, to nieprawdziwe informacje.

Nie zgodził się z zarzutem, że zobowiązanie wykonawcy Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. jest ogólnikowe, bo wskazano w nim kto, komu, w jakim postępowaniu udostępnia zasoby, a ze zobowiązania wynika, że udostępnienie to jest faktyczne. Oddanie zasobów przez podmiot trzeci jest sposobem wsparcia wykonawcy. Jeśli ma to być podwykonawstwo, to powinno to wynikać z przepisu.

Przystępujący ma własne doświadczenie, co wynika z przedstawionego przez niego wykazu. Wskazuje, iż pierwotnie postępowanie na wdrożenie systemu szpitalnego w Szpitalu J. Korczaka w Słupsku było prowadzone jako jedno postępowanie o udzielenie zamówienia z podziałem na części. Zamawiający unieważnił postępowanie w jednej części ze względu na to, że oferty przekraczały jego możliwości finansowe, a następnie przeprowadził kolejne postępowanie o przeprowadzenie zamówienia publicznego, tak więc obie umowy stanowiły całość.

Wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem oddanie zasobu do dyspozycji może przybrać dowolną formę. Podnosi też, iż przystępującego oraz Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. łączy umowa o współpracę, która została zamawiającemu przedstawiona 19 maja 2014 r.

III Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

Uwagi ogólne

Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego, prawo unijne stało się od tej daty częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania w powyższym zakresie wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego.

Przy tym, zdaniem Izby, jedynie wyrażenie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poglądu co do znaczenia i sposobu stosowania wskazanych przepisów jest w stanie w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki w tym zakresie.

Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania Trybunałowi pytań prejudycjalnych.

Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni powyżej wskazanych przepisów dyrektywy 2004/18/WE, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie powyższych pytań prejudycjalnych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie przedmiotowych kwestii jest konieczne do wydania wyroku w zawisłej sprawie ze względu na to, że Izba – w zależności od poglądu przyjętego przez skład orzekający co do interpretacji poszczególnych przepisów – może w wyroku powziąć różne rozstrzygnięcia.

Charakter zagadnień poruszanych w niniejszym postanowieniu – ze względu na to, że jest to często spotykany problem w postępowaniach o udzielenie zamówienia – ma istotne znaczenie również dla transgranicznej wymiany towarów i usług, gdyż są to problemy, które często pojawiają się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowej kwestii prawnej, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji powyżej wskazanych przepisów w poruszonym zakresie lub ewentualnie, jak w przypadku sprawy C-336/12, odpowiedź Trybunału nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości interpretacyjnych.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Stan faktyczny sprawy

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu „usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIMUsługi)”. Zamawiający podzielił zamówienie na części (zadania) i dopuścił składanie ofert częściowych. Odwołanie dotyczy zadania 3., którego przedmiotem jest zakup i dostawa

zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) do obsługi części administracyjnej (szarej) oraz do obsługi części medycznej (białej) w Samodzielnym Szpitalu Wojewódzkim im. Mikołaja Kopernika w Piotrkowie Trybunalskim. Przedmiotem zamówienia jest standardowe oprogramowanie, które zostanie dostarczone, zainstalowane i skonfigurowane przez wykonawcę w ramach realizacji umowy.

Zgodnie z rozdziałem 6. pkt 6.1. ppkt 6.1.2 o udzielenie zamówienia dla zadania 3. mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali m.in. spełnienie następującego warunku świadczącego o posiadaniu wiedzy i doświadczenia: wykonali przynajmniej 2 zamówienia obejmujące (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą łóżek 200, o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 PLN brutto.

Zamawiający wyjaśnił, że przez „zakład opieki zdrowotnej” rozumie wyodrębniony organizacyjnie i prawnie zespół osób i środków majątkowych utworzony i utrzymywany w celu udzielania świadczeń zdrowotnych. Za „zintegrowany system szpitalny (HIS)” uzna system, który składa się co najmniej z następujących obszarów funkcjonalnych – 1. dla części białej: obsługa ruchu chorych – izba przyjęć, obsługa ruchu chorych – oddział, obsługa przychodni – rejestracja, obsługa przychodni – gabinet lekarski, obsługa dokumentacji medycznej, obsługa statystyki medycznej, obsługa apteki, obsługa apteczek oddziałowych, obsługa rozliczeń z NFZ – lecznictwo zamknięte, obsługa rozliczeń z NFZ – lecznictwo otwarte, wraz z bazą danych; 2) dla części szarej: obsługa finansowo-księgową, obsługa kasy, obsługa fakturowania, obsługa ewidencji kosztów, obsługa kadrowo-płacowa, obsługa środków trwałych, wraz z bazą danych.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku wykonawcy mieli przedstawić oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz wykonanych głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy te dostawy zostały wykonane należycie.

Zamawiający wskazał też, że pod pojęciem „główna dostawa” należy rozumieć zamówienie obejmujące dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej. Zamawiający wymagał, aby w wykazie głównych dostaw znajdowały się również dostawy potwierdzające spełnienie warunków określonych przez zamawiającego w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Komputer Konsultant Sp. z o.o. w swojej ofercie przedstawił wykaz dostaw, w którym wskazał dwie pozycje:

1. dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej ZOZ (zakładu opieki zdrowotnej) o wartości zamówienia 2.009.470,54 zł brutto, ilość łóżek powyżej 600, zrealizowana dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku, termin rozpoczęcia i zakończenia 5.10.2010 – 29.06.2012, zrealizowana przez konsorcjum firm Konsultant IT Sp. z o.o./Komputer Konsultant Sp. z o.o.,

2. dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej ZOZ o wartości zamówienia 5.995.645,34 zł brutto, ilość łóżek powyżej 500, zrealizowana dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, termin rozpoczęcia i zakończenia 1.09.2010 – 30.08.2011, zrealizowana przez konsorcjum firm Konsultant IT Sp. z o.o./Komputer Konsultant Sp. z o.o.

Zamawiający uznał ofertę Komputer Konsultant Sp. z o.o. za najkorzystniejszą dla zadania 3. Wobec decyzji tej Esaprojekt Sp. z o.o. wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 599/14) wskazując, że Konsultant Komputer Sp. z o.o. nie potwierdził spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, gdyż wskazane umowy nie obejmują funkcjonalności określonych jako część szara, a zamawiający nie zbadał tej okoliczności, bowiem nie zażądał w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy na etapie składania ofert jest udowodnienie i wykazanie spełnienia stawianych przez zamawiającego warunków. Konsultant Komputer Sp. z o.o. w wykazie usług nie wykazał rzeczywistego zakresu, jaki zawierała realizacja, a jedynie ogólnikowo określił, że system składał się z części białej i szarej. Zamawiający szczegółowo określił obszary funkcjonalne, których istnienie w dostarczanym systemie uzna za spełnienie warunków. Tym samym brak chociażby jednego z nich musi skutkować wykluczeniem z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższa okoliczność powinna być rozpatrywana przez pryzmat naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Żadne z wymienionych zamówień nie obejmowało swoim zakresem części funkcjonalnej określanej jako szara. Zamówienie realizowane na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku obejmowało, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dostawę i usługę w zakresie funkcjonalnego rozszerzenia systemu informatycznego Eskulap w części białej z wdrożeniem, szkoleniem w zakresie obsługi użytkowników i administratora wraz z opieką. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że w zakres zamówienia nie wchodziły wszystkie obszary funkcjonalne, co oznacza, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Zdaniem odwołującego również zamówienie realizowane na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu nie obejmowało swoim zakresem części szarej w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymaganej na potwierdzenie warunku. Przedmiotem tego zamówienia było jedynie funkcjonalne rozszerzenie systemu informatycznego Eskulap/Simple wraz z wdrożeniem, opieką, ucyfrowieniem, sprzętem komputerowym i peryferiami. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach przedmiotu zamówienia należało wykonać jedynie usługi o charakterze serwisowym i eksploatacyjnym mające na celu utrzymanie systemu w zgodzie z aktualnymi przepisami (system w części białej oraz system administracyjny). System miał spełniać minimalne wymagania integracji z posiadającym systemem szpitalnym do obsługi części szarej (administracyjnej) w zakresie integracji modułu Apteka oferowanego systemu oraz modułu Finanse i Księgowość systemu SIMPLE. Zdaniem odwołującego zakres tych usług nie dotyczy dostawy, Instalacji, konfiguracji i wdrożenia zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części szarej w rozumieniu przyjętym przez zamawiającego. Świadczy to o podaniu nieprawdziwych informacji, które w sposób bezpośredni mają wpływ na wynik przedmiotowego postępowania oraz powoduje, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W wydanym w powyższej sprawie wyroku (sygn. KIO 599/14) Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 3 oraz wezwanie wykonawcy Konsultant Komputer Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zakresu zamówień wykazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba stwierdziła, że z przedstawionych w ofercie informacji nie wynika jednoznacznie zakres usług wskazanych przez Komputer Konsultant Sp. z o.o. w wykazie, a okoliczności przedstawione przez odwołującego mogły wywołać wątpliwości co do zakresu usług, nie dowodziły jednak, że zakres ten był inny niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak żądanie wykluczenia z postępowania było przedwczesne, gdyż decyzja w przedmiocie oceny spełnienia tych warunków powinna być poprzedzona wyczerpaniem procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec przyznania przez zamawiającego istnienia tych wątpliwości oraz oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu i zamiarze przystąpienia do wyjaśnienia tej kwestii, Izba nakazała zastosowanie w tym zakresie procedury wyjaśniającej określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dalsze czynności w postępowaniu zamawiający powinien podjąć w zależności od oceny złożonych wyjaśnień.

W trakcie udzielonych następnie wyjaśnień okazało się, że realizacja dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku w rzeczywistości składała się z dwóch umów, co zamawiający uznał za niedopuszczalne wobec postawionego warunku, który, według niego, dotyczył jednego zamówienia o pełnym zakresie realizowanego w oparciu o jedną umowę.

W związku z tym zamawiający wezwał Komputer Konsultant Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów – do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wskazanego w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazał, że ze złożonych wyjaśnień wynika, że zamówienie dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku realizowane było w ramach dwóch postępowań przetargowych i objęte było dwiema odrębnymi umowami, z których jedna nie obejmowała części białej, a druga części szarej. W związku z tym usługa nie spełnia warunku z punktu 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym każde zamówienie powinno obejmować wszystkie elementy wymienione w punkcie 6.1.2. Zamawiający wskazał, że przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 13 ustawy Pzp.

W ramach uzupełnienia dokumentów Komputer Konsultant Sp. z o.o. przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na doświadczenie innego podmiotu, tj. Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w zakresie realizacji dwóch dostaw: dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Janowie Lubelskim oraz dla Okręgowego Szpitala Kolejowego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Lublinie. Odwołujący ponownie wskazał też dostawę dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu.

Komputer Konsultant Sp. z o.o. przedstawił także zobowiązanie Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. „do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wskazał w tym oświadczeniu, że będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze doradcy i konsultanta.

Zamawiający uznał powyższe realizacje i ponownie wybrał ofertę Komputer Konsultant Sp. z o.o.

Esaprojekt Sp. z o.o. ponownie wniosła odwołanie o treści przytoczonej powyżej. Wykonawca ten nie kwestionował dostaw dokonanych przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. – w odwołaniu wskazywał jedynie na konieczność wezwania odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, ale wycofał zarzut podczas rozprawy stwierdzając, że zamawiający jednak do takich wyjaśnień wzywał. Z kolei Komputer Konsultant Sp. z o.o. nie kwestionował tego, że zamawiający nie uznał realizacji dla

Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku za spełniającą warunek udziału w postępowaniu. Tym samym należy więc uznać, że:

1. zasadniczo nie jest sporne pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego, że realizacja dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku nie spełnia warunku opisanego w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu zawarcia w tym zakresie dwóch umów, sporny jest natomiast ewentualnie zakres obu umów (czy łącznie obejmowały one całość funkcjonalności wskazanych przez zamawiającego dla części białej i szarej),
2. nie jest sporne, że realizacja dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu spełnia wymogi zamawiającego opisane w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. nie jest sporne, że realizacja Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. dla Okręgowego Szpitala Kolejowego SPZOZ w Lublinie spełnia wymogi zamawiającego zawarte w punkcie 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. z odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający uznał spełnienie warunku wspólnie przez jedną dostawę wykonaną przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie Konsultant IT Sp. z o.o. i Komputer Konsultant Sp. z o.o. oraz jedną dostawę wykonaną przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Przy czym realizacje Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie zostały wskazane wraz z ofertą, lecz w ramach uzupełnienia dokumentów.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest, aby wykonawca w ramach uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje, niż wskazał w pierwotnym wykazie dostaw, a w dodatku były to realizacje innego podmiotu, na zasoby którego nie powoływał się w ofercie.

Zgodnie z założeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedstawianym wraz z ofertą lub wnioskiem wykazie wykonanych dostaw, wykonawca powinien wskazać wszystkie zrealizowane przez siebie dostawy spełniające wymagany warunek.

W orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał wyraźnie stwierdził, że instytucja zamawiająca nie może nawet wywierać wrażenia, jakby pozwalała zmieniać ofertę i w ten sposób traktowała danego wykonawcę w sposób uprzywilejowany. Wyrok ten nie odnosi się co prawda do uzupełniania dokumentów, lecz do wyjaśnienia oferty, ale być może w pewnym zakresie wywody Trybunału tym bardziej powinny

być stosowane do uzupełnień, gdyż najłatwiej zmienić ofertę właśnie przez pozwolenie na zmianę czy uzupełnienie brakujących dokumentów.

Należy też zauważyć, że w wyroku tym Trybunał dość wyraźnie stwierdził, że jeśli wykonawca źle przygotował ofertę, to jest to jego wina: „Ponadto, z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18/WE, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakiegokolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo, jak inni kandydaci.” Można odnieść to także do istotnych braków w dokumentach.

Jakkolwiek z drugiej strony oczywiście nie można tego sprowadzać do przejścia do nadmiernego formalizmu i przedkładania ilości przedłożonych dokumentów nad kwestię realnej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia niepotrzebnie wykluczając z postępowania wykonawców tylko z uwagi na uchybienia w załączaniu lub formułowaniu treści dokumentów.

Zdaniem Izby, o ile możliwość korygowania w wykazie pewnych błędów czy wskazywania co do nich dodatkowych informacji (ich przebieg, zakres, wartość itd.) nie budzi możliwości, to pozwolenie na późniejsze wskazywanie dostaw, choć korzystne dla wykonawcy proszonego o takie uzupełnienie dokumentów, może budzić uzasadnione wątpliwości co do preferencyjnego traktowania takich wykonawców oraz wywoływać u pozostałych wykonawców wrażenie negocjowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą oceny złożonej oferty lub wniosku w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z jednej strony w praktyce dopuszcza się takie uzupełnianie dokumentów z uwagi na to, by wykonawcy, którzy złożyli wykazy błędne lub niepełne, nie byli traktowani gorzej niż wykonawcy, którzy wraz z ofertą w ogóle takich wykazów nie złożyli. Z drugiej strony jednak być może zezwolenie wykonawcom na uzupełnianie wykazów, których w ogóle nie złożyli wraz z ofertą jest nieprawidłowe z punktu widzenia uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Być może taki brakujący wykaz w ogóle nie powinien podlegać uzupełnieniu, a tym samym nieprawidłowe jest i zezwolenie wykonawcom na wskazywanie w wykazie nowych pozycji.

Należy zwrócić uwagę, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje jedynie na ogólną możliwość, że instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów lub o ich wyjaśnienie, ale w żaden sposób nie określa zasad takiego uzupełniania.

W orzeczeniu w sprawie C-336/12 Trybunał wskazał, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie wezwaniu wykonawcy po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile nie powoduje to nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania wykonawcy, do którego wezwanie zostało skierowane.

Kierując się wskazanym kryterium obiektywnego istnienia dokumentu, dokumenty, które się uzupełnia, można podzielić na kilka grup:

1. dokumenty, co do których w sposób obiektywny można ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyli takie, co do których nie ma wątpliwości, że istniały, nie zostały antydatowane ani specjalnie przygotowane na potrzeby wykazania danej okoliczności dopiero na wezwanie do uzupełnienia (przy tym można z góry założyć, że pozwolenie na uzupełnianie dokumentów, co do których istnieją podejrzenia ich antydatowania czy „spreparowania”, powodują nieuzasadnioną korzystniejszą sytuację wykonawców je uzupełniających). W grupie tej, zdaniem Izby, znajdują się dokumenty takie jak:

- dokumenty urzędowe opatrzone datą wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków (zaświadczenia, licencje, koncesje, odpisy z rejestrów sporządzane przez urząd/sąd itd.),
- dokumenty typu certyfikaty sporządzane przez jednostkę certyfikującą, badania produktu zrobione przez instytuty – z datą wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków,
- dokumenty prywatne sporządzane przez notariusza lub poświadczane przez notariusza, a więc z datą przez tego notariusza poświadczoną – z datą czynności notariusza wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków,
- dokumenty prywatne z datą poświadczoną urzędowo – z datą czynności urzędu wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków,
- dokumenty, co do których nie ma wątpliwości, że istniały ze względu na to, że były opublikowane na stronach internetowych, np. różne certyfikaty, karty katalogowe, sprawozdania,
- dokumenty, które należy sporządzać zgodnie z odrębnymi przepisami (i które co do zasady są sporządzane), np. sprawozdania finansowe, PIT, CIT, dokumenty do ZUS,
- dokumenty bankowe i ubezpieczeniowe, jeśli nie budzą wątpliwości, że nie zostały antydatowane, np. wyciągi z rachunków bankowych opatrzone datą wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków,

- referencje od instytucji publicznych czy umowy z instytucjami publicznymi – gdyż instytucja publiczna nie powinna być zainteresowana w antydatowaniu dokumentu albo tworzeniu dokumentu nieprawdziwego – z datą wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków.

2. dokumenty, co do których nie można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyli takie, co do których w praktyce wyraża się wątpliwości, że mogły zostać antydatowane lub specjalnie przygotowane na potrzeby wykazania danej okoliczności dopiero na wezwanie do uzupełnienia. Będą to w szczególności:

- zobowiązania podmiotów trzecich, niezależnie od ich daty,
- referencje wystawionych przez podmioty prywatne, niezależnie od ich daty (chyba że ten sam dokument był już wcześniej przedstawiany temu samemu lub innemu zamawiającemu),
- inne dokumenty prywatne, których data nie została potwierdzona notarialnie/urzędowo – z datą notariusza/urzędową wcześniejszą niż składanie ofert/wniosków,

3. dokumenty, o których wiadomo, że zostały wystawione później, ale dotyczą sytuacji wcześniejszej, a więc nie spełniają warunku wcześniejszego obiektywnego istnienia, ale, zdaniem Izby, ich uzupełnienie nie powoduje nieuzasadnionego preferencyjnego traktowania wykonawcy. Będą to:

- wydruki z rejestrów urzędowych i sądowych, w tym dostępnych internetowo, nawet jeśli będą opatrzone datą późniejszą niż składanie ofert/wniosków, a oddają stan wcześniejszy niż składanie,
- informacja z Krajowego Rejestru Karnego z datą późniejszą niż składanie ofert/wniosków,
- zaświadczenia z urzędów skarbowych lub ZUS wskazujące stan na konkretny dzień, wcześniejszy niż dzień wydania zaświadczenia,
- referencje wystawione z datą późniejszą niż składanie ofert/wniosków, lecz odnoszące się do wcześniejszych realizacji,
- dokumenty sporządzane przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, a więc m.in. wykazy dostaw/robót/osób/narzędzi/urządzeń, oświadczenie o liczbie zatrudnienia/personelu kierowniczego/ oświadczenie o posiadanych uprawnieniach, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu.

Jest to bardzo istotna kwestia, gdyż jeśli takie referencje lub wykazy nie zostały załączone do oferty lub wniosku, to obiektywnie nie można stwierdzić, że istniały. Lecz niektóre wykazy odnoszą się do stanu wcześniejszego, przynajmniej jeśli chodzi o zasoby własne, a więc średnioroczne zatrudnienie, własne doświadczenie, własny sprzęt/zatrudnione osoby (o zasobach innego podmiotu nie można bowiem powiedzieć, że obiektywnie wiadomo, że wykonawca nimi dysponował, skoro nie wykazał ich od razu). Wiadomo także, że jeśli zamawiający wytknie wykonawcy jakieś błędy w takim wykazie lub innych sporządzonych przez niego dokumentach, a wykonawca skoryguje te błędy, to dokument ten powstanie dopiero po takim wskazaniu błędów, a zatem obiektywnie nie istniał wcześniej.

Poza tym, jeśli chodzi o takie dokumenty jak informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wyciągi z rejestrów sądowych i urzędowych, zaświadczenia z urzędów skarbowych lub ZUS wskazujące stan na dzień wcześniejszy niż dzień wydania zaświadczenia, wydaje się, że pomimo, że zostały one wydane dopiero po terminie składania ofert/wniosków, to skoro wskazują na sytuację wykonawcy sprzed tego okresu, możliwa by była ich akceptacja bez wywoływania o pozostałych wykonawców poczucia faworyzowania wykonawcy wzywanego do uzupełnienia (a nawet można stwierdzić, że z praktyki wynika, że nie wywołuje takiego poczucia – w przeciwieństwie np. do uzupełniania dokumentów dotyczących podmiotów trzecich).

Istotne jest zatem ustalenie, czy orzeczenie w sprawie C-336/12 wskazuje na jedyną możliwość uzupełnienia dokumentów, czy też wskazuje tylko jedną z możliwości, która nie jest sprzeczna z art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, lecz nie zamyka drogi do uzupełniania również innych dokumentów.

W pierwszym przypadku bowiem oczywiste by było, że zamawiający nie mógłby zaakceptować wykazu przedstawionego przez Komputer Konsultant Sp. z o.o., zawierającego nowe realizacje, gdyż wiadome jest, że dokument ten został sporządzony i przedstawiony zamawiającemu dopiero po zakwestionowaniu dostawy dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku.

Należy także zauważyć, że zamawiający wymagał wykazania się realizacją dwóch zamówień o wskazanym zakresie i wartości. Był to wymóg niepodzielny w tym znaczeniu, że – aby zamawiający uznał wykonawcę za podmiot doświadczony – nie wystarczyło, by wykonawca wykazał realizację jednej dostawy. Wymóg był też niepodzielny w tym znaczeniu, że dotyczył dwóch realizacji tego samego rodzaju, odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, który również był jednego rodzaju. (Może być bowiem tak, że w przypadku zamówień skomplikowanych, zamawiający stawia kilka oddzielnych warunków z różnych branż, co do których prace są wykonywane oddzielnie, np. przy robotach budowlanych odnosi się do

specjalności drogowej, mostowej, elektrycznej, sanitarnej, usług geodezyjnych, usług kartograficznych, branży archeologicznej itd. Wiadome jest też, że zamówienie będą wykonywać osoby lub podwykonawcy będący specjalistami właśnie w tych branżach i w tym zakresie może być ono pomiędzy nich podzielone.) Również realizacja mogłaby być podzielona, gdyby wykonawca złożył ofertę na kilka części, a następnie realizował zamówienie oddzielnie w stosunku do każdej części (innego zakładu opieki zdrowotnej). Natomiast w niniejszym przypadku nie ma takiego podziału.

Jak wynika z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, zamawiający jako owe dwie wymagane realizacje zaakceptował dostawę dla Okręgowego Szpitala Kolejowego SPZOZ w Lublinie wykonaną przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oraz dostawę dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu wykonaną przez konsorcjum Konsultant IT Sp. z o.o. i Komputer Konsultant Sp. z o.o.

A więc żaden z tych wykonawców nie wykazał, że spełnił ww. warunek i posiada wymagane doświadczenie w zakresie realizacji dwóch dostaw, gdyż żaden z nich nie wykonał dwóch dostaw o wymaganym przez zamawiającego zakresie i wartości. Czy zatem można uznać, że połączony brak doświadczenia u dwóch wykonawców w sumie daje wymagane doświadczenie?

Zdaniem Izby takie podejście w łatwy sposób prowadzi do obejścia przepisów dotyczących kwalifikacji wykonawców i bezcelowości wymagania konkretnego doświadczenia. Jeśli zamawiający uznał, że minimalne požądane przez niego doświadczenie wykonawca może zdobyć tylko przez realizację co najmniej dwóch dostaw, a wykonawcy uznali to żądanie za uzasadnione (nie zostało ono zakwestionowane), to wykazanie się przez dwa podmioty tylko jedną dostawą nie jest wystarczające. Co więcej, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. ma uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako doradca i konsultant – a w jaki sposób może on być poważnym doradcą wykonawcy, jeśli sam nie posiada większego od niego ani wystarczającego doświadczenia (zamawiający uznał bowiem tylko jedną usługę tej firmy, tak samo jak i jedną usługę Komputer Konsultant Sp. z o.o.).

Poza tym poważne wątpliwości budzi udział firmy Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. w realizacji zamówienia, który ma polegać na „doradztwie i konsultacjach”. Trudno w takim przypadku mówić o możliwości dysponowania takim doświadczeniem przez wykonawcę. Takie wątpliwości wyrażał też odwołujący w swoim odwołaniu (zresztą Komputer Konsultant Sp. z o.o. nie krył, że pomimo niespełnienia warunków, zamierza wykonywać zamówienie sam, gdyż uważa, że ma wystarczające ku temu kwalifikacje). Izba nie kieruje w tym zakresie zapytania do Trybunału wyłącznie dlatego, że zostało ono zadane już w sprawie C-324/14.

Kolejną okolicznością, na którą należy zwrócić uwagę jest to, że obie usługi wykazane przez Komputer Konsultant Sp. z o.o. jako „własne” – jak wynika z wykazu dostaw – były wykonywane wspólnie z Konsultant IT Sp. z o.o. – najprawdopodobniej w ramach tzw. konsorcjum. Nie wiadomo jednak, jaki był zakres działania każdego z tych podmiotów i na ile Komputer Konsultant Sp. z o.o. brał udział w realizacji zamówienia dla Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu. Może się bowiem okazać, że cały ciężar lub główny ciężar wykonania tego zamówienia wziął na siebie Konsultant IT Sp. z o.o. (został on zresztą wskazany w wykazie na pierwszym miejscu, co zwyczajowo wskazuje na to, że był on liderem konsorcjum i głównym wykonawcą zamówienia), a tym samym Komputer Konsultant Sp. z o.o. być może w ogóle nie ma realnego doświadczenia. Kwestia ta nie została przez zamawiającego wyjaśniona z wykonawcą w trakcie postępowania.

Czy zatem wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia?

Jako przykład ilustrujący problem można podać konsorcjum budujące autostradę, które składa się z trzech firm budowlanych, banku finansującego inwestycję oraz firmy zapewniającej obsługę administracyjno-prawno-księgową. Dwie z firm budowlanych wykonują większość robót drogowych, trzecia wyłącznie mosty i wiadukty, bank zapewnia finansowanie, a ostatnia firma obsługę administracyjną kontraktu. Czy zatem przy następnej realizacji będzie można uznać, że bank, firma administrująca czy wykonawca budujący mosty posiada wystarczające doświadczenie, by – powołując się na doświadczenie całego konsorcjum – samodzielnie ubiegać się o możliwość budowy kolejnych dróg, jako podmiot doświadczony w tym zakresie? A jest tak w obecnej praktyce krajowej.

Należy zwrócić uwagę, że wykonawcy najczęściej opisują zakres swoich obowiązków w umowie regulującej ich współpracę, a działania wykonawców najczęściej są dokumentowane, zatem jest to okoliczność, która może zostać sprawdzona przez instytucję zamawiającą.

Sama regulacja prawna art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazująca na solidarną odpowiedzialność wykonawców za realizację zamówienia, która jest powoływana jako koronny argument zwolenników poglądu, że każdy z członków grupy wykonawców nabywa doświadczenie tej grupy, nie ma tu praktycznego znaczenia. Co prawda powoduje ona pewien stan prawny, tj. formalnie wykonawcy występujący w grupie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, ale nie oznacza jeszcze, że każdy z nich nabywa jakiegokolwiek realne doświadczenie w zakresie, w jakim go nie wykonywał.

Należy tu zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający nie prosił wykonawcy o wyjaśnienia w tym zakresie, gdyż w praktyce krajowej przyjęło się uważać, że doświadczeniem w wykonanych realizacjach może posługiwać się każdy członek grupy wykonawców, niezależnie od jego faktycznego wkładu w wykonanie kontraktu. Zdaniem Izby, jest to praktyka nieprawidłowa, gdyż doświadczenie jest okolicznością faktyczną a nie prawną (tak samo zresztą jak korzystanie z doświadczenia innego podmiotu).

W kwestii wprowadzenia instytucji zamawiającej w błąd i nieprawdziwych informacji należy w pierwszym rzędzie zauważyć, iż z treści art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wynika, że sposób wprowadzenia przesłanki wykluczenia wykonawców opisanej w art. 45 ust. 2 lit. g do prawa krajowego został pozostawiony ustawodawcom krajowym. Tym samym państwa członkowskie mają prawo wpływu na kształt przesłanki wykluczenia.

Zgodnie z dyrektywą z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W prawie krajowym ma ona brzmienie: „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania”.

Zdaniem Izby przesłanka ta została implementowana prawidłowo, a wątpliwości w tym zakresie podnoszone w polskim orzecznictwie są nieuzasadnione – z tym, że ustawodawca krajowy odgórnie zdefiniował pojęcia dyrektywy za „winnego wprowadzenia w błąd” uznając tego, kto „złożył nieprawdziwe informacje”, a za „poważne wprowadzenie w błąd” – gdy informacje te mają wpływ na wynik postępowania (albo mogą mieć potencjalny wpływ na przyszły wynik, kiedy nie może on być jeszcze znany, np. na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Owo złożenie nieprawdziwych informacji jest niezależne od powodów lub stopnia winy wykonawcy: umyślna czy nieumyślna, zamiar bezpośredni czy ewentualny, lekkomyślność, czy zwykłe niedbalstwo, jak również, czy dotyczą bezpośrednio wykonawcy, czy też osoby (członka personelu) lub podmiotu trzeciego. Podobnie przy przeniesieniu pojęć z prawa karnego na grunt prawa cywilnego – każde złożenie nieprawdziwych informacji może być uznane za niezachowanie należytej staranności i winę wykonawcy składającego ofertę niezależnie od tego, z jakiej przyczyny złożenie owych nieprawdziwych informacji wynikło, a także, na którym etapie do nich doszło. Zatem wykonawca ponosi tu odpowiedzialność za sam skutek, czyli stwierdzenie, że informacje mijają się z prawdą (jego winą jest, że złożył dokumenty danej treści).

Jest to działanie ustawodawcy, zdaniem Izby, słuszne, gdyż pozwala uniknąć zamawiającemu dowodzenia wykonawcy winy i jej rodzaju, co byłoby niewykonalne, gdyż zamawiający nie ma odpowiednich środków i nie byłby w stanie – jak prokurator

w postępowaniu karnym – dowodzić stanu świadomości i zamiaru wykonawcy w chwili składania wniosku lub oferty, a sama przesłanka byłaby kolejną przesłanką martwą – albo wręcz, co gorsze z punktu widzenia zasad tworzenia prawa, byłaby przesłanką wyjątkowo łatwą do ominięcia. Można stwierdzić, że odpowiedzialność za złożenie nieprawdziwych informacji jest w pewnym sensie odpowiedzialnością „na zasadzie ryzyka” i „winy w wyborze” – wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystko, co zamawiającemu złożył (albo co skrzętnie pominął).

Należy tu podkreślić wagę dokumentów składanych przez wykonawców instytucji zamawiającej – jest to z założenia jedyny sposób weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia i ich ofert, zatem też powinien być wyjątkowo traktowany.

Podobnie, zdaniem Izby, wykonawca nie może się ekskulpować, że złożenie nieprawdziwych informacji jest winą pracownika czy podmiotu, na którego zdolności się powołuje, a który np. napisał nieprawdę o swoim doświadczeniu zawodowym albo też pracownika, który przygotowywał ofertę, gdyż również w tym wypadku jest nie do udowodnienia, że wykonawca o prawdziwym stanie faktycznym nie wiedział. A nawet jeśli, to należałoby tu odnieść się do znanej w prawie cywilnym „winy w wyborze” owego pracownika, współpracownika czy podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby wykonawca nie może bezkarnie posługiwać się informacjami, które wprowadzają w błąd, nawet jeśli nie pochodzą od niego, bo w ten sposób wprowadza zamawiającego w błąd i działa na niekorzyść innych wykonawców naruszając uczciwą konkurencję, a inni wykonawcy, trwając w poczuciu własnej krzywdy, również nie będą ufali zapewnieniom, że dany wykonawca nie wiedział o tym, że informacje były nieprawdziwe lub w inny sposób błędnie podane, zatem uznają, że uczciwa konkurencja została naruszona.

Trudno też wymagać od zamawiającego, aby weryfikował każdą informację przekazaną przez wykonawcę, a dotyczącą kolejno jego doświadczenia, doświadczenia innych podmiotów, na których zdolności się powołuje, doświadczenia poszczególnych pracowników, posiadanego zaplecza technicznego, opłacania podatków i składek na ubezpieczenie społeczne, niekaralności itd., tym bardziej, że najczęściej są to informacje dla niego niedostępne.

Zdaniem Izby ustawodawca krajowy dobrze zinterpretował cel, który zamierzał osiągnąć ustawodawca unijny – a nawet postąpił bardziej restrykcyjnie nie pisząc ogólnie o „winie w poważnym wprowadzeniu w błąd”, lecz konkretnie o nieprawdziwych informacjach i ich wpływie na wynik postępowania.

Zdaniem Izby pojęcia te są adekwatne do zastosowanych w dyrektywie 2004/18/WE.

Problemem jest jednak, iż w dyrektywie 2004/18/WE odniesiono się do pojęcia „winy”, co do której prawo wypracowało wiele koncepcji. Doktryna w tym zakresie jest tak rozbudowana, że niecelowe jest jej omawianie w niniejszym postanowieniu, zatem zostaną jedynie wskazane kluczowe pojęcia.

I tak prawo karne (art. 9 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) w ramach winy umyślnej sprawcy rozróżnia zamiar bezpośredni – *dolus directus* (gdy sprawca chce popełnić czyn zabroniony) oraz zamiar ewentualny, wynikowy – *dolus eventualis* (gdy sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, na to się godzi). Wskazuje także na winę nieumyślną, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć. Przy tym zwraca się uwagę, że nieumyślność nie jest prostym zaprzeczeniem umyślności, chociaż sam stosunek psychiczny do popełnienia elementów przedmiotowych czynu zabronionego musi charakteryzować brak zamiaru popełnienia takiego czynu. Jest to raczej naruszenie wymaganych reguł ostrożności określane jako niedbalstwo (w poprzednim kodeksie karnym winę nieumyślną stopniowano na lekkomyślność i niedbalstwo i oba te pojęcia wciąż jeszcze są używane, dlatego zostały przywołane).

Z kolei prawo cywilne nie przykłada takiego znaczenia normatywnego do umyślności czy nieumyślności działania podmiotu, choć doktryna również odwołuje się do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego) oraz winy nieumyślnej (*culpa*) – gdy sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (lekkomyślność, rażące niedbalstwo) oraz gdy sprawca jest nieświadomy tego, że jego zachowanie może być bezprawne, chociaż miał możliwość i powinność dokonania właściwej oceny sytuacji, gdyby działał z dostateczną starannością (niedbalstwo). Wina ta jest odnoszona w dużej mierze do wskazanych wzorców należytego postępowania, a zachowania od nich odbiegające oceniane są jako niedbałe. Dla przypisania niedbalstwa konieczne jest ustalenie, że w konkretnych okolicznościach danego przypadku sprawca mógł zachować się z należytą starannością. Można bowiem w skrócie i ogólnie stwierdzić, że wina odnosi się do niezachowania należytej staranności oraz niewłaściwego zachowania się.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 ustawy dnia 23 kwietnia 1964 r. (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121) Kodeks cywilny. Wskazuje ona, że dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należytej). Ustanowiona w tym przepisie zasada ma podstawowe znaczenie dla ustalania wzorca wymaganego zachowania. Wzorzec ten kreowany jest na podstawie reguł współżycia społecznego,

przepisów prawnych, zwyczajów, kodeksów zawodowych, pragmatyk zawodowych, zasad deontologii itd.

Od podmiotu wymaga się zachowania przeciętnej ostrożności, przy czym w zależności od rodzaju podmiotu (np. konsument, przedsiębiorca, podmiot działający zawodowo) wymagania dotyczące staranności działania są różne.

Przy czym należy podkreślić, że występujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy są traktowani jako podmioty profesjonalnie zajmujące się daną działalnością, zatem wymaga się od nich zachowania najwyższej staranności.

W rozpatrywanym postępowaniu w kwestionowanej dostawie wykonawca wskazał, iż zrealizował „dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej ZOZ” o wartości zamówienia 2.009.470,54 zł brutto, ilość łóżek powyżej 600, zrealizowana dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Korczaka w Słupsku, termin rozpoczęcia i zakończenia 5.10.2010 – 29.06.2012, zrealizowana przez konsorcjum firm Konsultant IT Sp. z o.o./Komputer Konsultant Sp. z o.o.

W oczywisty więc sposób opis ten świadczy, że wykonawca odniósł tę realizację do warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu: „wykonali przynajmniej 2 zamówienia obejmujące (dla każdego ze wskazanych zamówień): dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą łóżek 200, o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 PLN brutto”. Zresztą wykonawca wskazał jedynie dwie realizacje, zatem obie musiały odnosić się do warunku minimalnego.

Użycie przez wykonawcę tych samych określeń („dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej”) bez bardziej szczegółowego jej opisu spowodowało, że zamawiający uznał dostawę za spełniającą warunek i nie dopytywał, czy jej zakres na pewno był zgodny z wymaganiami co do zakresu prac opisanymi w dalszej części warunku. Wykonawca nie wskazał też, że dana realizacja składała się z dwóch umów, choć okoliczność ta była istotna dla zamawiającego. Nie można też wykonawcy usprawiedliwiać tym, że nie wiedział, iż dla zamawiającego jedno zamówienie to jedna umowa, gdyż taka jest ogólna praktyka zamawiających w tym zakresie (łączenie umów jako jednego zamówienia jest stosowane dość rzadko albo wcale).

Zatem zasadniczo wykonawca nie przekazał zamawiającemu informacji, które są nieprawdziwe, bo wykonał „dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej ZOZ” o wartości wyższej niż 450.000 złotych, jednak przekazał je w taki sposób, by zamawiający odniósł wrażenie, że jest to taki zakres realizacji, o jaki mu chodziło. Zatem w efekcie wprowadził zamawiającego w błąd,

który spowodował, że zamawiający uznał warunki za spełnione oraz – po zapoznaniu się z dokładniejszymi informacjami na temat realizacji – za niespełnione. Z tego punktu widzenia jest to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd mające wpływ na kwalifikację wykonawcy oraz wybór jego oferty w postępowaniu.

Poza tym trudno mówić o braku winy wykonawcy w tym zakresie (niezależnie od tego, który rodzaj winy miałby to być), gdyż informacje i dokumenty przekazywane są zamawiającemu w konkretnym celu – wykazania spełnienia pewnych wymagań zamawiającego, czy to spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też przekonaniu go, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymogami. Zatem już z samego założenia można przyjąć, że informacje mijające się z prawdą nie zostały złożone przypadkowo i „przez niewinność”. Przy tym warunek sformułowany był bardzo dokładnie i jednoznacznie (gdyż w praktyce orzeczniczej w zakresie przedmiotowego przepisu w każdej sprawie indywidualnie badane jest, czy brzmienie warunku mogło wprowadzać wykonawcę w błąd lub czy możliwa i usprawiedliwiona jest jego odmienna interpretacja).

Zdaniem Izby nieprawidłowe jest też stanowisko prezentowane w krajowym orzecznictwie, że wykonawca nie wprowadza zamawiającego w błąd, gdyż ten o pewnych faktach powinien był wiedzieć albo mógł się dowiedzieć, np. dlatego że był on odbiorcą wskazywanych zamówień. Trudne jest też ustalenie granicy owej wiedzy zamawiającego. Jeśli bowiem wykonawca przykładowo wskaże w ramach opisu posiadanego doświadczenia, iż wybudował linię metra w Krakowie – a jest faktem powszechnie znanym, że w Krakowie nie ma metra – to jak potraktować jego oświadczenie? A gdyby wskazał, że wybudował metro w odległym i nieznanym mieście, np. we Władystoku – czy to już jest wprowadzenie zamawiającego w błąd?

Podobnie zresztą może być nawet z własnymi realizacjami zamawiającego – najczęściej instytucja zamawiająca posiada wielu pracowników zajmujących się różnymi dziedzinami, a i przedmiot zamówienia bywa tak skomplikowany, a kwestie zakresu realizacji dotyczą takich detali, że komisja przetargowa nie jest w stanie stwierdzić bez szerokich konsultacji z innymi pracownikami albo zewnętrznymi zleceniobiorcami (jak np. Inżynier Kontraktu) i analizy dokumentacji, czy dane zamówienie rzeczywiście obejmowało deklarowany element. Poza tym pozostaje jeszcze kwestia, czy powinno się tolerować stan, który można określić przysłowiowym pojęciem: „kłamstwo w żywe oczy”. Zatem, zdaniem Izby, również usiłowanie wprowadzenia zamawiającego w błąd – nawet jeśli zostanie to udaremnione przez samego zamawiającego lub innych wykonawców – powinno podlegać sankcji wykluczenia z postępowania.

Warto też zauważyć, iż jeśli w postępowaniu pojawi się kwestia nieprawdziwych informacji czy wprowadzenia w błąd, oznacza to, że zostało to zauważone przez instytucję

zamawiającą lub innego wykonawcę, zatem *de facto* usiłowanie wprowadzenia w błąd zostało udaremnione.

Trzeba tu też podkreślić, że chociaż przepisy o wykluczeniu powszechnie uważane są za sankcje, to, zdaniem Izby, nie mają one charakteru karnego w stosunku do wykonawcy, a jedynie służą celowi kwalifikacji wykonawców i wyeliminowaniu tych, którym zamówienia nie powinno się powierzać. Zatem nie powinno się ich przyrównywać do prawa karnego (działanie w zamiarze bezpośrednim), lecz do dobrych praktyk (zachowanie należytej staranności wymaganej od profesjonalisty).

„Dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej ZOZ o wartości zamówienia 2.009.470,54 zł brutto” należy rozpatrzyć jeszcze w jednym zakresie, tj. znaczenia użytego przez zamawiającego pojęcia „zamówienie” – czy należy je rozumieć jako konkretną umowę i tym samym każdą część traktować jako osobne zamówienie, czy też uznać raczej za jedno zadanie do wykonania i cały system uznać za jedno zamówienie.

Sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa pojęcia „zamówienie”. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś”, a zatem może odnosić się zarówno do zamówienia w znaczeniu dokumentu/umowy, jak i zamówienia, czyli zadania (całości realizowanego przedmiotu). I w obu tych znaczeniach jest powszechnie używane.

Sytuacji nie zmienia również odniesienie się do definicji „zamówienia publicznego” zawartego w dyrektywie i ustawie Prawo zamówień publicznych. Definicje te odnoszą się do sytuacji typowych (jedna umowa – jedno zamówienie), najczęściej spotykanych i nie budzących wątpliwości, gdy jedno zlecenie (zamówienie) zostało zawarte w jednej umowie. Jednak w praktyce zdarzają się również mniej „zdecydowani” zlecniodawcy, którzy, najczęściej ze względu na posiadane środki, zawierają bardziej skomplikowane umowy lub kilka umów. Zdaniem Izby takie przypadki należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji.

W niniejszym sporze bezsporne jest, że:

1. zawarte zostały dwie umowy, jedna na część szarą, druga białą,
2. postępowanie o udzielenie zamówienia co prawda było prowadzone jednocześnie na obie części, lecz zamawiający nie uważał tych części za niepodzielnie ze sobą związane, skoro podzielił zamówienie na części, a więc dopuścił realizację przez dwóch wykonawców,
3. wykonując zamówienie w ramach dwóch umów, wykonawca w praktyce uzyskał takie samo doświadczenie, jakby robił to w ramach jednej umowy,

4. obie umowy zostały zawarte w relatywnie niewielkim odstępie czasu, na samym początku realizacji systemu,

5. obie części (biała i szara) stanowią jedną funkcjonalną całość analogiczną do systemu będącego przedmiotem zamówienia i zostały wykonane częściowo równocześnie lub bezpośrednio jeden po drugim, a wykonawca wykonywał je w jednym ciągu; także po zakończeniu realizacji zamawiający wystawił jedne referencje dla całości systemu,

Tak więc obie części wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu. Tak więc samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów samodzielnie nie oddaje całości wykonanych prac. Zatem z praktycznego punktu widzenia ograniczenie jednego zadania/zamówienia do jednej umowy nie wydaje się właściwe – skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził (pomijając w tym momencie podnoszoną w sporze kwestię, czy zakres prac był zgodny z wymaganiami).

Należy też zauważyć, że sytuacja, w której w wyniku odrębnych proceduralnie zamówień i odrębnych umów może dojść do określenia jednego zamówienia (zadania), jest przewidziana również w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdzie zamawiający może z wykonawcą zamówienia podstawowego zawrzeć kolejne umowy, które z punktu widzenia możliwości wykazania się doświadczeniem można traktować jako jedno zamówienie. Są to zamówienia dodatkowe oraz niektóre zamówienia uzupełniające (art. 67 ust. 1 pkt 5, 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), jakkolwiek przy zamówieniach uzupełniających z zastrzeżeniem, że będą one udzielane z zachowaniem równoczesności lub ciągłości czasu wykonania oraz funkcjonalnego powiązania z zamówieniem podstawowym (jako „zamiennik” zamówień dodatkowych), a nie w ciągu dozwolonych przepisem 3 lat.

Jednak z punktu widzenia przedmiotowego postępowania i zadanych Trybunałowi pytań, istotne znaczenie ma też inna kwestia – a mianowicie, czy z punktu widzenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców możliwe jest, aby wykonawca powołał się na dwie umowy, a więc dwa zamówienia jako jedno zamówienie, w dodatku nie informując o tym fakcie zamawiającego. Zamawiający nie opisał w warunku, że jedno zamówienie oznacza jedną umowę, ale jest to interpretacja na tyle rozpowszechniona, że również *gros* wykonawców tak rozumie wymóg. A zatem być może inni wykonawcy również mogliby powołać się na swoje doświadczenie łączone z różnych umów i złożyć ofertę, gdyby zakładali, że taka możliwość jest dopuszczona.

Zdaniem Izby przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa unijnego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi.

