

Sygn. akt: KIO 2626/11

Sygn. akt: KIO 2633/11

WYROK

z dnia 28 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę – **Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.**, ul. Górnośląska 1/188, 00-443 Warszawa,

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2626/11:

a) po stronie Zamawiającego: **Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk&Mikulski Sp. k.**, ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa,

b) po stronie Odwołującego: **Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa**, al. Armii Ludowej 26, 00-443 Warszawa,

B. w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę – **Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa**, al. Armii Ludowej 26, 00-443 Warszawa,

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2633/11, po stronie Zamawiającego:

a) **Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.**, ul. Górnośląska 1/188, 00-443 Warszawa,

b) **Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk&Mikulski Sp. k.**, ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa,

c) **Domański Zakrzewski Palinka Sp. k.**, Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie badania i oceny ofert w zakresie opisanym w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców – **Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.** oraz **Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa,** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji,** na rzecz wykonawców – **Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.** oraz **Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań wykonawców oraz wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy **Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa.**

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2626/11
KIO 2633/11

U z a s a d n i e n i e

I. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w ramach pomocy technicznej >>Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007-2013<<”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 3 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 147-244704 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Sygn. akt KIO 2626/11

W dniu 9 grudnia 2011 r. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. mimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, polegające na nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. pod kątem wskazanych w specyfikacji kryteriów oceny ofert i w rezultacie przyznania temu wykonawcy niewłaściwej ilości punktów w kryterium „Potencjał kadrowy”,
- 3) art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, polegające na zaniechaniu wezwania Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego oferta Kancelarii Stopczyk & Mikulski została nieprawidłowo oceniona w kryterium „potencjał kadrowy”, przede wszystkim jednak w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

I. Zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Kancelaria Stopczyk & Mikulski nie wykazała w swojej ofercie spełnienia warunku z pkt 8.4 lit. a) SIWZ tj. wykonania usług polegających na opracowaniu lub opiniowaniu 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych. Specyfikacja wymieniona pod poz. 13 wykazu usług nie spełnia tak postawionego warunku. Postępowanie na „Wykonanie i zabudowę żelbetowych pochylni dla małych zwierząt montowanych wewnątrz rowu odwadniającego wykonanego z korytek krakowskich przy torach linii kolejowej E 30 na odcinkach: Węgliniec - Legnica, Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec - Bielawa Dolna”, w ramach którego wykonawca zaopiniował SIWZ, było prowadzone na podstawie Regulaminu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w sprawie udzielania „podprogowych” zamówień sektorowych, finansowanych z udziałem środków publicznych, w tym pochodzących z budżetu UE, przyjętego Uchwałą nr 558 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe z dnia 5 listopada 2008 r. A zatem nie było to postępowanie prowadzone w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Kancelaria Stopczyk & Mikulski nie spełniła również warunku z pkt 8.4.1 lit. c) SIWZ - reprezentowanie strony w pięciu postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą. W poz. od 37 do 45 wykazu usług Kancelaria Stopczyk & Mikulski wskazała reprezentację w dziewięciu sprawach. Jako klientów wskazała Ministerstwo Finansów, PKP PLK S.A., GSK Services Sp. z o.o., Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz Maxto Sp. j. Dla reprezentacji na rzecz Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz GSK Services Sp. z o.o. wykonawca nie przedstawił referencji, dlatego nie mogą one być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku. Pozostaje 6 reprezentacji: z poz. 37-42 oraz z poz. 45. Jednakże z protokołu postępowania w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1258/09 (poz. 37) wynika, że w sprawie tej za zamawiającego - Ministerstwo Finansów stawili się radca prawny Dariusz Ć oraz radca prawny Jan J. Natomiast obydwie referencje załączone do wykazu usług są wystawione na rzecz Kancelarii Stopczyk & Mikulski, a nie na rzecz Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. Również i ta pozycja nie może zostać więc uwzględniona jako wykazująca spełnienie przez Kancelarię Stopczyk & Mikulski warunku z pkt 8.4.1 lit. c) SIWZ.

Podobnie reprezentacja z poz. 38 na rzecz Ministerstwa Finansów w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 966/09 była świadczona przez Kancelarię Radców Prawnych Dariusz Ć, a nie Kancelarię Stopczyk & Mikulski. Nie ma w ofercie ani jej uzupełnieniu dokumentów

potwierdzających należyte wykonanie usługi reprezentacji przed KIO przez Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. na rzecz Ministerstwa Finansów. Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z akt sprawy KIO/UZP 966/09 na okoliczność reprezentowania Ministerstwa Finansów w sprawie KIO/UZP 966/09 przez Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. Ma to istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż w razie potwierdzenia zarzutu, iż Ministerstwo Finansów było reprezentowane przez Kancelarię Radców Prawnych Dariusz Ć Sp. p., a nie Kancelarię Stopczyk & Mikulski, to zostanie dowiedzione, że wykonawca ten nie wykazał się pięcioma usługami reprezentacji przed KIO, potwierdzonymi referencjami.

2. Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Kancelarii Stopczyk & Mikulski w kryterium „potencjał kadrowy” oraz dotyczący niewykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o którym mowa w pkt 8.4.2 lit. c) SIWZ.

Po pierwsze, żadna ze wskazanych ośmiu pierwszych osób z wykazu (tylko one podlegały ocenie) nie powinna otrzymać punktów za „doradztwo w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi” (podkryterium RU) - waga 0,8 pkt.

W odpowiedzi nr 25 z dnia 6 września 2011 r. na pytanie wykonawcy, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „standardowe warunki kontraktowe”, Zamawiający odpowiedział, że są to „np. „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” (FIDIC „złoty”: tłumaczenie I wydania 1999 r. wydane przez Cosmopoli Consultans)”. Zdaniem Odwołującego mogłyby to być również inne warunki opracowane przez FIDIC albo też warunki kontraktowe NEC/EEC. Na szczególną uwagę zasługują warunki kontraktowe FIDIC, gdyż do nich odniósł się Zamawiający przy wyjaśnianiu pojęcia „standardowe warunki kontraktowe”. Ponadto, w odpowiedzi z dnia 6 września 2011 r. na pytanie nr 11 do SIWZ, Zamawiający poinformował wykonawców, że w okresie obowiązywania umowy planuje wszcząć około 97 postępowań przetargowych, w tym 28 obejmujących warunki kontraktowe FIDIC. A zatem znajomość standardowych warunków kontraktowych, takich jak FIDIC, przez przynajmniej jednego członka zespołu wykonawcy ma istotne znaczenie dla Zamawiającego.

Natomiast odnośnie żadnej ze wskazanych w wykazie przez Kancelarię Stopczyk & Mikulski osób, nie wykazano doświadczenia w doradztwie w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi, np. FIDIC. Nie są standardowymi warunkami kontraktowymi: „standardowe warunki kontraktowe PKP PLK Centrum Realizacji Inwestycji”, „standardowe warunki kontraktowe Castorama Polska Sp. z o.o., Cargotec Polska Sp. z o.o.”, „standardowe warunki kontraktowe Vigo Systems S.A., Xerox Polska Sp. z o.o., Genexo”, „standardowe warunki kontraktowe Wyższa Szkoła

Zawodowa w Chełmie, Mabion S.A.", „standardowe warunki kontraktowe ZUS oraz GUGiK", a tylko takie wskazano w wykazie. Kancelaria Stopczyk & Mikulski pomyliła zdaniem Odwołującego pojęcie „standardowych warunków kontraktowych" z „wzorem umowy", który jakkolwiek stosowany przez daną firmę lub instytucję nie tworzy standardów przyjmowanych przez inne podmioty. Brak „standardowości" warunków wynika z tego, że nie są one powszechnie znane i stosowane przy zawieraniu umów, nie odpowiadają one żadnym uznanym standardom, tak jak np. warunki kontraktowe FIDIC. Posługują się nimi co do zasady jedynie te podmioty, na potrzeby których warunki zostały stworzone. Zamawiający uznając za spełniające warunek doświadczenie wykazane przez Kancelarię Stopczyk Mikulski w istocie warunek ten zmodyfikował, nadając mu przez to cechy nieproporcjonalności. Uznał bowiem za spełnienie warunku posiadania doświadczenia diametralnie różnego od przydatnego w realizacji zamówienia.

Każda osoba mogła w ramach tego podkryterium (RU) otrzymać 0,8 pkt. Ponieważ żadna z pierwszych ośmiu osób w wykazie Kancelarii Stopczyk & Mikulski nie wykazała takiego doświadczenia, ocena punktowa tego wykonawcy powinna zostać obniżona o 6,4 pkt.

Z racji zaś tego, że osoby wymienione pod poz. 9 i 10 wykazu osób, również nie posiadają doświadczenia w doradztwie w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi, Kancelaria Stopczyk & Mikulski nie wykazała warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zespołem osób, w którym minimum jedna osoba posiada doświadczenie w doradztwie w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi.

A zatem Kancelaria Stopczyk & Mikulski nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.2 lit. c) SIWZ i powinna zostać wykluczona z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Nawet zaś jeśli Kancelaria Stopczyk & Mikulski zostanie wezwana do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to może to nastąpić tylko w zakresie dotyczącym warunku minimalnego tj. dysponowania jednym członkiem zespołu posiadającym doświadczenie w doradztwie w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi. Instytucja uzupełnienia oświadczeń i dokumentów nie może bowiem zdaniem Odwołującego służyć do zwiększania oceny punktowej oferty wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozostali wykonawcy nie są bowiem wzywani do uzupełnienia swojego wykazu osób w zakresie, który mógłby wpłynąć na ocenę ich ofert w ramach kryterium „potencjał kadrowy".

3. Zamawiający nieprawidłowo dokonał naliczenia punktów w podkryterium „FP i DFP” - doradztwo w zakresie finansów publicznych i dyscypliny finansów publicznych (waga 0,2 pkt).

Dla osoby z poz. 1 - Roberta Mikulskiego, jako doświadczenie w zakresie finansów publicznych i dyscypliny finansów publicznych wskazano: „weryfikację dokumentacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy o finansach publicznych oraz opinie w tym zakresie na rzecz PKP PLK S.A., MRR, LOT S.A., Polskie Radio S.A., GlaxoSmithKleine Pharmacia Sp. z o.o.”.

Dla osoby z poz. 3 - Andrzeja Filipa dla podkryterium FP i DFP zaliczono: „weryfikację dokumentacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy o finansach publicznych oraz opinie w tym zakresie na rzecz PKP PLK S.A. Doradztwo w procesach kontrolnych w tym zakresie”.

Dla osoby z poz. 7 - Dariusza Ć dla podkryterium FP i DFP zaliczono: „weryfikację dokumentacji pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy o finansach publicznych na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Ministerstwa Sprawiedliwości”.

Podobnie dla osoby z poz. 8 - Justyny Klawe dla podkryterium FD i DFP zaliczono: „weryfikację dokumentacji pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy o finansach publicznych na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem Odwołującego nie dokonuje się oceny zgodności weryfikacji dokumentacji z przepisami ustawy o finansach publicznych. Tak rozumiane doświadczenie nie różniłoby się niczym od doświadczenia w doradztwie w zakresie zamówień publicznych, które było osobno punktowane. Powyższe oznacza zawyżenie punktacji oferty Kancelarii Stopczyk & Mikulski o 0,8 pkt (0,2x4).

Ponadto Odwołujący podnosił, że np. PKP PLK SA nie podlega przepisom ustawy o finansach publicznych ani o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych. Ocena dokumentacji przetargowej pod kątem zgodności z zasadami finansów publicznych, gdy jest to dokumentacja podmiotu nie stosującego tej ustawy, nie może być uznana za wiarygodną. Należy także uznać, że nie jest możliwe nabycie doświadczenia w zakresie finansów publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych poprzez świadczenie usług dla podmiotów, które tym przepisom nie podlegają - np. PLL LOT, GlaxoSmithKline Pharmacia Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający uznając takie doświadczenie, które dotyczy w istocie zamówień publicznych, a nie finansów publicznych, zmodyfikował warunek po złożeniu ofert. Gdyby napisał go w ten sposób, że doradztwo w zakresie zamówień publicznych jest częścią doradztwa z zakresu finansów publicznych, wówczas Odwołujący też przedstawiłby takie doświadczenie i uzyskałby wyższą ocenę swojej oferty. Stąd, działanie zamawiającego doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców.

4. Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, budzi wątpliwości przyznanie punktów także w podkryterium RPS obejmującym „Reprezentację strony przed Sądem Okręgowym w postępowaniach mających za przedmiot spór pomiędzy zamawiającym a wykonawcą związany z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości przedmiotu sporu co najmniej 1.000.000,00 PLN netto” - waga 1,0 pkt.

Zamawiający przyznał w podkryterium RPS po 1 pkt osobom z poz. 2, 3, 4 i 5 wykazu osób. Klientem we wszystkich tych przypadkach było PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji. Tymczasem porównując wykaz osób z wykazem usług Odwołujący dostrzegł, iż wskazano jedynie jedną sprawę przed SO, gdzie klientem było PKP PLK S.A. (poz. 48), ale spór nie dotyczył tam realizacji umowy, a samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wyraźnie rozróżniał reprezentację przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od reprezentacji w sporze związanym z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyraz dał w treści warunku z pkt 8.4.1. lit. d) SIWZ. W poz. 48 wykazu usług Kancelaria Stopczyk & Mikulski wskazała sprawę przed Sądem Okręgowym Warszawa-Praga, IV Wydział Cywilny Odwoławczy, sygn. akt IV Ca 223/08, dotyczącą skargi na orzeczenie KIO. Odwołujący ma taką wiedzę, ponieważ w sprawie tej osoba wskazywana w wykazie osób w ofercie Odwołującego, była pełnomocnikiem po przeciwnej stronie, stąd Odwołujący wie, że sprawa nie dotyczyła etapu realizacji umowy, lecz samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odwołaniu zapowiedział, że stosowne dowody w tym zakresie zostaną przedstawione na rozprawie. Zresztą, twierdził, sprawa ta została opisana w „Zeszytach orzeczniczych nr 4”, wydanych przez Urząd Zamówień Publicznych, poz. 83.

W konsekwencji, aby rozwiązać powyższe wątpliwości, według Odwołującego Zamawiający powinien wezwać Kancelarię Stopczyk & Mikulski do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2626/11 przystąpił:

- a) po stronie Zamawiającego - Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.,
- b) po stronie Odwołującego - Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa.

Sygn. akt KIO 2633/11

W dniu 9 grudnia 2011 r. Krawczyk i Wspólnicy Spółka Komandytowa (dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców:

- Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. oraz
- Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.

w zakresie przedłożenia opłaconej polisy ubezpieczenia OC pomimo niezłożenia przez nich dokumentu potwierdzającego opłacenie takiej polisy oraz pomimo faktu, iż polisa wykonawcy Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. nie potwierdza opisanego przez zamawiającego warunku dotyczącego posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia,

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. do uzupełnienia:

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, pomimo że wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, nie udowodnił, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia,
- dokumentu potwierdzającego wykonanie 5 usług, obejmujących swym zakresem wyspecyfikowane przez Zamawiającego prace, pomimo że wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu w trakcie realizacji zamówienia,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez wybór oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż przy ocenie tej oferty w ramach kryterium dotyczącego potencjału kadrowego zostały uwzględnione osoby udostępniające swój potencjał jako podmioty trzecie, a wykonawca w swojej ofercie wskazał na wolę niepowierzenia jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Domański Zakrzewski Palinka Sp.k., pomimo iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk& Mikulski Sp.k. jako najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie ponownej oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk& Mikulski Sp.k. do uzupełnienia:
 - a. dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy ubezpieczenia OC,
 - b. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie potwierdzającym dysponowanie przez zamawiającego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia – w liczbie 8 osób,
 - c. wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług, w zakresie potwierdzającym realizację maksymalnie 5 usług obejmujących swym zakresem czynności wyspecyfikowane przez zamawiającego,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. do uzupełnienia opłaconej polisy ubezpieczenia OC lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością zgodną z przedmiotem zamówienia;
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy Domański Zakrzewski Palinka Sp.k.
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący swoje zarzuty uzasadnił następująco:

1.1. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych

W ocenie Odwołującego, wykonawcy: Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk& Mikulski Sp.k. oraz Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. nie przedłożyli prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej. W tej sytuacji, brak wezwania ich do uzupełnienia przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Jak wynika z pkt 8.4.3. lit. b części I SIWZ, Zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wymagając od wykonawców posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł. W pkt 9.1.5. Zamawiający wskazał natomiast, iż na potwierdzenie spełniania tak uszczegółowionego warunku wykonawcy są obowiązani przedstawić opłaconą polisę ubezpieczeniową lub inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia

odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością związaną z przedmiotem zamówienia.

W toku postępowania wykonawcy: Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk& Mikulski Sp.k. oraz Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. wraz z ofertami przedłożyli dokument polisy ubezpieczenia cywilnego bez potwierdzenia opłacenia przez nich składki ubezpieczeniowej. Żaden z ww. wykonawców nie przedstawił nadto innego dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy, pomimo iż złożenie takiego dokumentu w myśl zapisów SIWZ było dopuszczalne, jeżeli wykonawca z uzasadnionej przyczyny nie mógł przedstawić wymaganego przez Zamawiającego dokumentu w postaci opłaconej polisy ubezpieczeniowej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, że przedstawiona przez wykonawcę - Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o. - polisa ubezpieczeniowa nie obejmuje swym zakresem ubezpieczenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia. Stosownie bowiem do postanowienia zapisanego w pkt 2.1. SIWZ, przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi doradztwa prawnego i reprezentacji prawnej w ramach pomocy technicznej „Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 -2013”. Zgodnie z uszczegółowieniem opisu przedmiotu zamówienia, dokonany w pkt 3 części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: "OPZ"), w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany będzie m.in. do: reprezentacji Zamawiającego w postępowaniach przed sądami okręgowymi w sprawach dotyczących skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (pkt 3.2 lit. g OPZ); sporządzania projektów odpowiedzi na skargi wnoszone do Sądu Okręgowego w Warszawie (pkt 3.2 lit. h OPZ); reprezentacji Zamawiającego przed sądami powszechnymi w sprawach związanych realizacją umów finansowanych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 -2013 (pkt 3.3 lit. f OPZ). Tymczasem, z treści polisy przedstawionej przez wykonawcę Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. wynika, że przedmiot ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawcy stanowi prowadzona przez tego wykonawcę działalność dotycząca doradztwa w zakresie działalności gospodarczej i zarządzania z rozszerzeniem o odpowiedzialność za szkody wyrządzone pracownikom ubezpieczonego. Jednocześnie zakres ubezpieczenia został ograniczony wyłącznie do działalności biurowej.

W tych okolicznościach nie budzi wątpliwości Odwołującego, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia, albowiem swym zakresem nie obejmuje ani doradztwa prawnego, ani też działalności polegającej na reprezentacji Zamawiającego przed sądami powszechnymi. Oznacza to brak objęcia ochroną ubezpieczeniową przedmiotu zamówienia tj. usług wprost wskazanych w nazwie nadanej niniejszemu postępowaniu przez Zamawiającego. O tym, jak duże znaczenie dla Zamawiającego ma w przedmiotowym postępowaniu chociażby usługa dotycząca reprezentacji prawnej świadczy fakt, iż pod tym kątem zamawiający weryfikował doświadczenie wykonawców w ramach oceny spełniania przez nich warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy

i doświadczenia - od wykonawców było bowiem wymagane wykazanie się doświadczeniem w zakresie reprezentowania zamawiającego w trzech rozprawach sądowych.

Brak przedłożenia przez wykonawcę Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. prawidłowej polisy OC, potwierdzającej ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia potwierdza stanowisko Odwołującego, iż podmiot nie będący kancelarią prawną w ogóle w wymaganym w przedmiotowym postępowaniu zakresie ochrony ubezpieczeniowej uzyskać nie może. Dodatkowo pozbawia to zamawiającego istotnej informacji o sytuacji ekonomicznej tego wykonawcy, wskazując, iż zakład ubezpieczeń nie dokonał analizy ryzyk związanych z prowadzeniem takiej działalności przez wykonawcę, która to analiza jest przecież dokonywana przed zawarciem umowy ubezpieczenia.

1.2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. zawarł w swojej ofercie podpisane oświadczenie, iż brak jest części zamówienia przeznaczonych do podwykonania (k. 44-45 oferty).

Takie oświadczenie, stanowiące - zgodnie z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz z pkt 22.1 SIWZ - część oferty tego wykonawcy, wyznacza treść jego zobowiązania wobec Zamawiającego. Zobowiązanie to determinuje kształt stosunku prawnego, który - w przypadku ostatecznego wyboru oferty tego wykonawcy - miałby zostać nawiązany na skutek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca jest bowiem związany treścią wszystkich zobowiązań, jakie zawarł w złożonej przez siebie ofercie, zaś zamawiający nie jest władny do modyfikowania ich w jakimkolwiek, najdrobniejszym nawet szczególe (o ile modyfikacje nie dotyczą określonych w art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych omyłek). W tych okolicznościach, wybór oferty wykonawcy dokonany na zasadzie art. 91 Prawa zamówień publicznych, powoduje po stronie tak zamawiającego, jak i wykonawcy, którego oferta została wybrana, obowiązek zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie, tj. zasadniczo bez możliwości dowolnego (bez odrębnie wyrażonej zgody Zamawiającego) powierzenia zamówienia podwykonawcy.

Nie może zatem budzić wątpliwości powstanie po stronie tegoż wykonawcy zobowiązania do wykonania przedmiotowego zamówienia osobiście. Przeciwnie twierdzenie, kwestionujące skuteczność prawną zawartego w ofercie oświadczenia o woli niepowierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, nie jest uzasadnione. W takim bowiem przypadku bezcelowym byłoby żądanie przez zamawiającego zawarcia w ofercie oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa. Złożenie takiego oświadczenia - które przy takim błędnym założeniu należałoby ocenić jako oświadczenie wiedzy - nie tylko pozbawione zostałyby znaczenia w kontekście określenia kształtu zobowiązania ofertowego, ale również nie zapewniałoby zamawiającemu wiedzy w zakresie tego, kto będzie realizował zamówienie publiczne. Wykonawca mógłby w każdym przypadku i bez żadnych konsekwencji, swoje oświadczenie zmienić. Byłoby to w istocie,

niespotykane na gruncie prawa polskiego, oświadczenie wiedzy wykonawcy o jego własnej woli dotyczącej powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Jednocześnie, przyjęcie tezy o braku konsekwencji wynikających ze złożenia oświadczenia w zakresie podwykonawstwa jest nie do pogodzenia z jedną z fundamentalnych zasad wykładni prawa - tj. z zasadą racjonalnego prawodawcy, poddając w wątpliwość cel wprowadzania do Prawa zamówień publicznych przepisu art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący również zwracał uwagę, iż na gruncie procedury udzielania zamówienia oferta składana przez wykonawców nie jest miejscem właściwym dla składania oświadczeń wiedzy. Oświadczenia takie -przykładowo oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu - nie są bowiem składane w treści oferty, lecz niejako „obok niej”. Wskazuje na to chociażby redakcja przepisu art. 44 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawcy składają oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (będące w istocie oświadczeniem wiedzy o okolicznościach dotyczących spełniania tych warunków) „wraz z oferta” (podczas gdy wskazanie części zamówienia powierzanej podwykonawcom następuje - zgodnie z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych „w ofercie”).

Ze względu na powyższe, nie ma zdaniem Odwołującego wątpliwości, że wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski, zgodnie ze złożoną ofertą, zobowiązał się do samodzielnego wykonania zamówienia.

Jednocześnie jednak, jak wynika z dołączonych do oferty Kancelarii Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k., wykonawca ten w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia powołał się na zdolności podmiotów trzecich, przedstawiając ich pisemne zobowiązania do udostępnienia swojego potencjału. Celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przedstawił pisemne zobowiązania do oddania do dyspozycji „niezbędnych zasobów”: Pani Barbary T, Pani Małgorzaty S, Pani Małgorzaty G, Pani Anny O, Pana Andrzeja F.

Nadto wykonawca przedstawił pisemne zobowiązanie Pana Piotra P, działającego w imieniu Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p., do udostępnienia „niezbędnych zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia”, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Jednocześnie, do oferty wykonawca ten dołączył wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, wyszczególniając w nim wszystkie ww. osoby oraz Pana Dariusza Ć jako osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Odwołującego zaistniała sprzeczność pomiędzy ww. dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a treścią zobowiązania wykonawcy wynikającego z oferty - powołanie się na wykonywanie przez ww. osoby zamówienia miało w istocie

jedynie formalny charakter i zostało dokonane wyłącznie w celu wykazania proceduralnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zadeklarowania rzeczywistej możliwości korzystania z potencjału tych osób przy realizacji zamówienia. Wskazanie bowiem w ofercie wykonawcy woli niepowierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom czyni wątpliwym, czy osoby wskazane jako mające uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia będą to zamówienie wykonywały w rzeczywistości.

Ponadto według Odwołującego powyższej rozbieżności nie można usunąć w drodze wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zawarte w treści oferty Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. oświadczenie woli dotyczące braku powierzenia realizacji zamówienia zostało bowiem złożone w sposób wyraźny, nie zaś dorozumiany (poprzez np. brak złożenia oświadczenia w zakresie podwykonawstwa). O ile bowiem można się przychylić do tezy o możliwości weryfikacji woli powierzenia zamówienia podwykonawcom wyrażonej przez wykonawcę w sposób dorozumiany, o tyle zmianę wyraźnego zobowiązania wykonawcy w drodze wyjaśnienia treści oferty należy uznać za niedopuszczalną.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że woli wykonawcy w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcom nie można wywodzić z treści przedłożonych wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia własnego potencjału. Po pierwsze bowiem, z dokumentów tych nie wynika wprost wola wykonawcy powierzenia innym podmiotom realizacji zamówienia. Po wtóre zaś, dokumenty te nie wyrażają jakiegokolwiek zobowiązania dotyczącego realizacji przedmiotu zamówienia. Z tego względu, ustalając treść zobowiązania Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. w zakresie podwykonawstwa, należy przyznać pierwszeństwo wyraźnemu oświadczeniu woli wykonawcy zawartemu w treści oferty.

W zaistniałej sytuacji stwierdzić należy, że wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. nie udowodnił - jak wymaga tego przepis art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Nie wykazał bowiem, że będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia. Wskazanie w ofercie woli niepowierzenia wykonywania zamówienia osobom trzecim uniemożliwia im wykonywanie tego zamówienia bądź też - w najlepszym wypadku - uzależnia taką możliwość od okoliczności od wykonawcy całkowicie niezależnych - takich jak np. zgoda Zamawiającego na zmianę członka zespołu/podwykonawcę.

Natomiast w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. przedstawił pisemne zobowiązanie Piotra Płaciszewskiego, działającego w imieniu Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p., do udostępnienia niezbędnych zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Razem z ww. oświadczeniem wykonawca

przedstawił referencje wystawione przez: Wiceprezesa Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (Zastępcę Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii), Dyrektora Departamentu Aplikacji Autorskich Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz przedstawiciela Marto Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp.j., potwierdzających prawidłowe wykonanie na rzecz tych podmiotów usług w zakresie reprezentacji prawnej przez Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p.

Odwołujący podnosił, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, które w niniejszym postępowaniu udostępnia Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.j., dotyczy realizacji usługi obejmującej swym zakresem reprezentację prawną przed sądem okręgowym. Zgodnie z załączonym do oferty wykazie prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat (dalej: "wykaz prac"), doświadczenie ww. podmiotu trzeciego zostało przywołane na potwierdzenie reprezentowania przed sądem okręgowym: Maxto Sp.j. (poz. 47 wykazu prac), Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (poz. 49 wykazu prac) oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (poz. 50 wykazu prac).

Zdaniem Odwołującego, oddanie do dyspozycji wiedzy i doświadczenia wynikających z wykonania usługi dotyczącej zastępstwa procesowego przed sądem nie jest możliwe w czasie realizacji zamówienia w tym zakresie bez osobistego udziału podmiotu udostępniającego w rozprawie. W trakcie rozprawy sądowej nie jest możliwe korzystanie z doradztwa bądź konsultacji z podmiotem trzecim, bez narażenia interesu reprezentowanej strony. W świetle powyższego, wobec wskazania przez Kancelarię Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. woli niepowierzenia wykonywania zamówienia podwykonawcom uznać należy, że wykonawca ten nie udowodnił, aby w okresie realizacji zamówienia dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego.

W tym stanie rzeczy, Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. nie wykazała, zdaniem Odwołującego, prawidłowego wykonania usług w zakresie wskazanym w pkt 47, 49 i 50 wykazu prac. Dodatkowo, należy mieć na uwadze, iż wśród dokumentów złożonych wraz z ofertą brak jest dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie usługi w zakresie dotyczącym pkt 46 wykazu prac - tj. usługi świadczonej na rzecz GSK Services Sp. z o.o. w Poznaniu. W konsekwencji, uznać należy że wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia związanego z realizacją maksymalnie 5 usług jedynie w zakresie reprezentacji przed sądem okręgowym w jednej sprawie (tj. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - pkt 48 wykazu prac), nie zaś, jak wymagał Zamawiający, w trzech takich sprawach.

Wobec powyższych okoliczności, uzasadnione jest żądanie nakazania Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

1.3. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych

Zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu wskazanie przez wykonawców osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, stanowiło nie tylko o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, ale również podlegało ocenie jako jedno z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tego względu niezasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. wykazał, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spowodowało również błędne przyznanie jego ofercie statusu oferty najkorzystniejszej.

Ocenie w ramach tego kryterium podlegał zespół prawników, którzy w ramach zawartej umowy będą wykonywali czynności bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Tym samym, nie było prawidłowe uwzględnienie w ramach oferty wykonawcy tych członków zespołu, których udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia stoi w opozycji do zobowiązania wynikającego z oferty.

W tym kontekście za niedopuszczalną na gruncie procedury zamówień publicznych należy uznać sytuację, w której oferta uzyskuje wysoką ocenę na podstawie zadeklarowania przez wykonawcę okoliczności, której zaistnienie w trakcie realizacji umowy jest zdaniem Odwołującego co najmniej wątpliwe. Taka oferta nie posiada cech oferty najkorzystniejszej, a jej wybór może prowadzić do naruszenia wyrażonej w art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji.

1.4. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zamawiający jest zobligowany do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie takiego wykonawcy winno być jednak, stosownie do art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzedzone wezwaniem takiego wykonawcy do uzupełnienia przedłożonych dokumentów, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wymagał od wykonawców przedłożenia wykazu prac oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (pkt 9.1.3 lit. a SIWZ).

W dniu 9 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane przez niego na stronach 41-42 oferty w zakresie określonym w pkt 8.4.1 lit. d SIWZ zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na żądanie Zamawiającego wykonawca przedstawił m.in. wyroki: Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 19 maja 2008 r. sygn. akt VII Ga 147/08; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 grudnia 2008 r. sygn. akt XXV C 915/08; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2010 r. sygn. akt V Ca 389/10. Wykonawca przekazał również faktury wystawione przez Kancelarię Radcy Prawnego „Centrum Zamówień Publicznych Janusz Niedziela” na rzecz zamawiających, wskazując, iż razem z

ww. wyrokami potwierdzają one należyte wykonanie usług polegających na zastępstwie procesowym przed sądami okręgowymi.

Jednak zdaniem Odwołującego, z żadnego z przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokumentów nie wynika bowiem, czy usługi wykazywane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały wykonane należycie. Odwołujący gruntownie przeanalizował treść uzasadnień do ww. wyroków, w żadnym miejscu nie znajdując informacji o należyтым wykonaniu usługi pomocy prawnej przez pełnomocnika. Wbrew argumentacji wykonawcy, nie jest wystarczający dla przyjęcia należytego wykonania ww. usług sam tylko fakt oddalenia żądań drugiej strony - przeciwnika w postępowaniu sądowym. Tak bowiem jak możliwa jest sytuacja, w której strona - pomimo należycie świadczonej na jej rzecz pomocy prawnej - przegrywa w procesie, tak samo nie jest wykluczony pozytywny wynik sprawy dla strony, która była reprezentowana nieprofesjonalnie. Wynik postępowania sądowego nie jest miarą staranności pełnomocnika procesowego. Podstawa prawna umocowania pełnomocnika - umowa o świadczenie pomocy prawnej nie jest bowiem umową rezultatu, lecz umową starannego działania.

Nie stanowi również dowodu prawidłowego wykonania usługi fakt wystawienia faktury z tego tytułu, a nawet jej opłacenia przez mocodawcę. Obie te okoliczności mogą nastąpić pomimo nienależytego wykonania usługi. Tym samym, dokumenty przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają należytego wykonania usługi prawnej, lecz co najwyżej mogą stanowić dowód na to, że taka usługa była rzeczywiście wykonywana. Z samego tylko faktu wykonania usługi nie można jednak na gruncie zamówień publicznych domniemywać, że wykonanie takie było należyte. W takim przypadku zbędne byłoby przepisy uprawniające zamawiającego do żądania przedstawienia dokumentów, które fakt należytego wykonania miałyby potwierdzić.

Konsekwencją braku uzupełnienia dokumentów podmiotowych przez wykonawcę Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. w zakresie żądanym przez Zamawiającego, jest obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Uchybienie temu obowiązkowi przez Zamawiającego uzasadnia sformułowanie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2633/11, po stronie Zamawiającego przystąpili:

- a) Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.,
- b) Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.,
- c) Domański Zakrzewski Palinka Sp. k.

Zamawiający nie uwzględnił żadnego z odwołań.

Odwołania zostały połączone do łącznego rozpoznania zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2011 r.

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

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a wykonawcy, którzy zajęli wyższe miejsce w rankingu ofert zostaliby wykluczeni z postępowania – wówczas każdy z Odwołujących miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Ponadto Izba uznała, że Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. jest uprawniona do wniesienia odwołania i może być uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu, ograniczającego krąg wykonawców tylko do kancelarii prawnych, a nawet gdyby tak uczynił – samo niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie powoduje, że wnoszenie środków ochrony prawnej przez danego wykonawcę nie jest możliwe. Izba oceniając legitymację wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej nie bada, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że wszyscy zgłaszający przystąpienia przystąpili skutecznie do postępowań odwoławczych.

Sygn. akt KIO 2626/11

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2011 r. dokonał oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.

Oferta ta uzyskała 91,48 pkt, z czego w poszczególnych kryteriach oceny ofert następującą punktację:

- 1) cena - 33,48 pkt;

- 2) potencjał kadrowy - 44,00 pkt;
- 3) zasady współpracy - 14 pkt.

Zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła:

1. W pkt 8.4.1 SIWZ Zamawiający zażądał wykazania wykonania, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) maksymalnie 5 (pięciu) usług, które swoim zakresem obejmowały łącznie:

a) opracowanie lub opiniowanie 15 (piętnastu) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonych na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych dla zamówień na dostawę lub usługi lub roboty budowlane dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego;

b) opracowanie 20 (dwudziestu) opinii/memorandum odnoszących się do interpretacji przepisów prawa krajowego lub prawa wspólnotowego w zakresie funduszy unijnych dotyczących realizacji umów zawartych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych;

c) reprezentowanie strony w 5 (pięciu) postępowaniach odwoławczych prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą;

d) reprezentowanie strony w 3 (trzech) postępowaniach sądowych przed Sądem Okręgowym spośród następującego zakresu zagadnień:

- w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- mających za przedmiot spór pomiędzy zamawiającym a wykonawcą związany z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości przedmiotu sporu co najmniej 1.000.000,00 PLN netto.

2. Wykonawca do oferty załączył wykaz wykonanych prac (zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 5 do SIWZ – strony 21-43 oferty), w którym w wersach od 1 do 15 opisał usługi, których przedmiotem było „opiniowanie SIWZ”). Pod pozycją 13 umieszczono usługę „opiniowanie SIWZ”, realizowaną dla postępowania „Wykonanie i zabudowę żelbetowych pochylni dla małych zwierząt montowanych wewnątrz rowu odwadniającego wykonanego z korytek krakowskich przy torach linii kolejowej E 30 na odcinkach: Węglińiec - Legnica, Węglińiec - Zgorzelec i Węglińiec - Bielawa Dolna”,

4. Wśród pozostałych usług opisanych w wykazie brak innych prac opisanych jako „opiniowanie SIWZ” (nie wskazano również „opracowania SIWZ”).

Nie było sporne, że postępowanie z poz. 13 wykazu (którego przedmiotem było „Wykonanie i zabudowę żelbetowych pochylni dla małych zwierząt montowanych wewnątrz

rowu odwadniającego wykonanego z korytek krakowskich przy torach linii kolejowej E 30 na odcinkach: Węgliniec - Legnica, Węgliniec - Zgorzelec i Węgliniec - Bielawa Dolna") zostało przeprowadzone nie na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych, a wewnętrznego regulaminu Zamawiającego (wartość zamówienia została określona poniżej kwoty, od której Zamawiający jest zobowiązany do stosowania ustawy). Zamawiający tymczasem w warunkach niniejszego postępowania wymagał wykazania się opiniowaniem bądź opracowaniem SIWZ, sporządzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych, a zatem postępowanie, do którego nie stosuje się przepisów ustawy, nie jest takim postępowaniem, jakiego oczekiwał Zamawiający. Okoliczność, że regulamin Zamawiającego jest zbieżny z Prawem zamówień publicznych nie ma znaczenia dla takiej oceny.

Ponieważ pozostałe pozycje (oprócz pozycji 1-15, a pozycja nr 13 nie może być wzięta pod uwagę) z wykazu Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. nie obejmują opiniowania czy opracowania SIWZ sporządzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych, należy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia w tym zakresie, a wykonawca powinien przedstawić uzupełniony wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługa została wykonana w sposób należyty. Co prawda w przystąpieniu Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. oświadczył, że posiada odpowiednie doświadczenie, wymieniając zrealizowane usługi, co miał potwierdzać „list referencyjny PKP PLK SA (w aktach sprawy)”, jednak Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. nie skonkretyzowała, który dokument dotyczy złożonego oświadczenia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w wysokim stopniu sformalizowane, dlatego Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu i dokumentu potwierdzającego zrealizowane usługi w zakwestionowanym zakresie.

Ponadto Odwołujący zarzucał, że w dwóch postępowaniach odwoławczych, na które powołano się w wykazie, potwierdzonych referencjami wystawionymi dla Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.) mocodawca reprezentowany był przez pana Dariusza Ć (Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania KIO 966 i 1258/09, jednak w toku rozprawy okoliczność ta okazała się bezsporna).

Izba uznała zarzut Odwołującego za nietrafny. Zgodnie z art. 91 pkt 3 Kodeksu postępowania cywilnego, pełnomocnictwo procesowe obejmuje z samego prawa umocowanie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego adwokatowi lub radcy prawnemu. Zatem możliwość reprezentowania strony nie przez zleceniobiorcę osobiście jest sytuacją powszechną. Zarówno Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. jak i Dariusz Ć (oświadczenie załączone do przystąpienia do postępowania odwoławczego)

złożyli wystarczające wyjaśnienia o współpracy, i o współpracy przy wykonaniu usługi. Izba uznała te oświadczenia za wiarygodne. Zatem zarzut w tym zakresie w ocenie Izby jest nieuzasadniony.

2. Zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Kancelarii Stopczyk & Mikulski w kryterium „potencjał kadrowy” oraz dotyczący niewykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o którym mowa w pkt 8.4.2 lit. c) SIWZ.

W pkt 19.9 SIWZ Zamawiający opisał, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w kryterium „potencjał kadrowy”. Punkty były przyznawane za doświadczenie poszczególnych członków zespołu i czas posiadania przez nich uprawnień adwokata, radcy prawnego lub prawnika zagranicznego (licząc od daty uzyskania uprawnień). Oferta Kancelarii Stopczyk & Mikulski otrzymała maksymalną ilość punktów w ramach tego kryterium, tj. 44 pkt.

Odwołujący twierdził, że żadna ze wskazanych ośmiu pierwszych osób z wykazu (tylko one podlegały ocenie) załączonego do oferty Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k. nie powinna otrzymać punktów za „doradztwo w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi” (podkryterium RU) - waga 0,8 pkt. W odpowiedzi nr 25 z dnia 6 września 2011 r. na pytanie wykonawcy, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „standardowe warunki kontraktowe”, Zamawiający bowiem odpowiedział, że są to „np. „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” (FIDIC „żółty”: tłumaczenie I wydania 1999 r. wydane przez Cosmopoli Consultans)”. Zdaniem Odwołującego mogłyby to być również inne warunki opracowane przez FIDIC albo też warunki kontraktowe NEC/EEC.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego. Skoro Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania określił typ standardów, który będzie podlegał ocenie, należy dokonywać oceny oferty w oparciu o podane wymogi. Co prawda Zamawiający użył wyrażenia „np.” [FIDIC], niemniej jednak nie można wywodzić z takiego sformułowania, że każdy wzór umowy, choćby obowiązujący w bardzo ograniczonym zakresie, u jednego podmiotu, może być standardem podlegającym ocenie w tym postępowaniu. Wszyscy uczestnicy postępowania, oprócz Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k., wyraźnie w wykazie zaznaczali, czy umowa wskazana w wykazie była realizowana w oparciu o standard FIDIC, co oznacza, że cytowana powyżej odpowiedź Zamawiającego była dla wszystkich jednoznaczna. Zresztą, sam Przystępujący (Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.) twierdził, że chociaż nie wynika to wprost z wykazu, realizowane przez niego umowy były prowadzone w oparciu o standard FIDIC i „zasady

logiki wskazują, że Zamawiający na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia z dotychczasowej współpracy z przystępującym, wiedział, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony należycie” (przystąpienie do postępowania odwoławczego, strona 10). Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednak odbywa się w oparciu o dokumenty załączone do oferty, a nie w oparciu o fakty znane Zamawiającemu. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców – stąd formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że punktacja w kwestionowanym kryterium za standardowe warunki kontraktowe – została zawyżona.

Równocześnie – ponieważ tym samym (tj. przez brak wykazania realizacji umowy w oparciu o standardowe warunki kontraktowe typu FIDIC) Kancelaria Stopczyk & Mikulski nie wykazała warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zespołem osób, w którym minimum jedna osoba posiada doświadczenie w doradztwie w zakresie realizacji umów prowadzonych zgodnie ze standardowymi warunkami kontraktowymi - trzeba wykonawcę wezwać do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Zamawiający nieprawidłowo dokonał naliczenia punktów w podkryterium „FP i DFP” - doradztwo w zakresie finansów publicznych i dyscypliny finansów publicznych (waga 0,2 pkt).

Dla osoby z poz. 1 - Roberta M, jako doświadczenie w zakresie finansów publicznych i dyscypliny finansów publicznych wskazano: „weryfikację dokumentacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy o finansach publicznych oraz opinie w tym zakresie na rzecz PKP PLK S.A., MRR, LOT S.A., Polskie Radio S.A., GlaxoSmithKleine Pharmacia Sp. z o.o.". Tymczasem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem Odwołującego nie dokonuje się oceny zgodności weryfikacji dokumentacji z przepisami ustawy o finansach publicznych. Tak rozumiane doświadczenie nie różniłoby się niczym od doświadczenia w doradztwie w zakresie zamówień publicznych, które było osobno punktowane. Powyższe oznacza zawyżenie punktacji oferty Kancelarii Stopczyk & Mikulski o 0,8 pkt (0,2x4).

Ponadto Odwołujący podnosił, że np. PKP PLK SA nie podlega przepisom ustawy o finansach publicznych ani o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, a nie jest możliwe nabycie doświadczenia w zakresie finansów publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych poprzez świadczenie usług dla podmiotów, które tym przepisom nie podlegają - np. PLL LOT, GlaxoSmithKline Pharmacia Sp. z o.o. Ocena dokumentacji przetargowej pod kątem zgodności z zasadami finansów publicznych, gdy jest to dokumentacja podmiotu nie stosującego tej ustawy, nie może być uznana za wiarygodną.

Izba nie podzieliła powyższej argumentacji Odwołującego. Odwołujący popierając swoje racje zasadniczo koncentrował się na samych przepisach prawnych – jakie podmioty podlegają przepisom o finansach publicznych, chociaż w zasadzie niesporne było, że każdy z podmiotów wymienionych w wykazie takim przepisom w określonych okolicznościach może podlegać. Samo doradztwo, czy dany podmiot podlega finansom publicznym – już można uznać w ocenie Izby za doradztwo z zakresu finansów publicznych. Oczywiście nie każde doradztwo z zakresu zamówień publicznych będzie doradztwem z zakresu finansów publicznych, niemniej w kwestionowanym wykazie nie zawarto wszystkich usług związanych z zamówieniami publicznymi, a tylko takie, które oprócz doradztwa z zakresu prawa zamówień publicznych obejmowały również, według wiedzy wykonawcy składającego wykaz, doradztwo z zakresu finansów publicznych. Są to gałęzie prawa w dużej mierze powiązane za sobą, i dlatego, żeby swój zarzut udowodnić, Odwołujący musiałby wykazać, iż kwestionowane umowy nie obejmowały w ogóle w swoim zakresie doradztwa z dziedziny finansów publicznych i dyscypliny finansów publicznych, czego nie uczynił, zatem Izba uznała zarzut za nieudowodniony.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Budziło wątpliwości Odwołującego przyznanie punktów w podkryterium RPS obejmującym „Reprezentację strony przed Sądem Okręgowym w postępowaniach mających za przedmiot spór pomiędzy zamawiającym a wykonawcą związany z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości przedmiotu sporu co najmniej 1.000.000,00 PLN netto” - waga 1,0 pkt.

Zamawiający przyznał w podkryterium RPS po 1 pkt osobom z poz. 2, 3, 4 i 5 wykazu osób Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. Klientem we wszystkich tych przypadkach było PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji. Tymczasem porównując wykaz osób z wykazem usług Odwołujący dostrzegł, że wskazano jedynie jedną sprawę przed SO, gdzie klientem było PKP PLK S.A. (poz. 48), ale spór nie dotyczył tam realizacji umowy, a samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wyraźnie rozróżniał reprezentację przed Sądem Okręgowym w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od reprezentacji w sporze związanym z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyraz dał w treści warunku z pkt 8.4.1. lit. d) SIWZ. W poz. 48 wykazu usług Kancelaria Stopczyk & Mikulski wskazała sprawę przed Sądem Okręgowym Warszawa-Praga, IV Wydział Cywilny Odwoławczy, sygn. akt IV Ca 223/08, dotyczącą skargi na orzeczenie KIO. Aby rozwiązać powyższe wątpliwości, zamawiający powinien wezwać Kancelarię Stopczyk & Mikulski do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który podnosił na rozprawie, że Odwołujący błędnie utożsamiał doświadczenie osób z doświadczeniem wykonawcy, które miało szerszy zakres i należało je opisać w załączniku numer 5 – od strony 21 oferty kancelarii. Tymczasem punktowane było wyłącznie doświadczenie osób załącznika numer 4, a brak było w SIWZ postanowienia utożsamiającego oba te rodzaje doświadczenia (wykaz osób z wykazem doświadczenia), zatem można było określić w wykazie osób załącznika numer 4 inne doświadczenie niż załącznik numer 5. Stąd zarzut ten jest nietrafny, ponieważ nie przedstawiono żadnego dowodu na jego poparcie, a Odwołujący wywodził swoje twierdzenia wyłącznie z zestawienia załączników, z których każdy był składany na dowód innych okoliczności, i co do których nie było wymogu, aby obejmowały to samo skonkretyzowane doświadczenie.

Niezależnie od powyższego Izba zauważa, że z odwołania jednoznacznie wynikało, iż Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut, miał wątpliwości odnośnie przyznania punktów w podkryterium RPS obejmującym „Reprezentację strony przed Sądem Okręgowym w postępowaniach mających za przedmiot spór pomiędzy zamawiającym a wykonawcą związany z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości przedmiotu sporu co najmniej 1.000.000,00 PLN netto” - waga 1,0 pkt, a równocześnie twierdził, że wykonawca w tym zakresie powinien być wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Tymczasem sam Odwołujący, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, konsekwentnie twierdził, że w zakresie przyznawania punktacji nie można wzywać do złożenia uzupełnień i wyjaśnień, a procedura ta jedynie dotyczy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (względnie posiadania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego).

Sygn. akt KIO 2633/11

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej przez Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. i Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o.

Nie było sporne, że Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. i Grupa Doradczą Sienna Sp. z o.o. nie załączyli do swoich ofert dowodu opłacenia polisy. Na rozprawie Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. przedłożyła do akt dowody uiszczenia składek ubezpieczeniowych od złożonej w postępowaniu polisy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej został kilkakrotnie wyrażony pogląd, że dołączenie dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej nie jest konieczne do uznania, że polisa jest „opłacona”, pogląd taki również wyraził Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt X Ga 213/11) – polisę ubezpieczeniową bez dowodu uiszczenia składki można uznać za „inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej we wskazanym zakresie. Niemniej jednak pogląd ten nie jest akceptowany przez organy kontrolujące, a w orzeczeniach wydanych później od wyżej przywołanych został wyrażony pogląd zgodny ze stanowiskiem Odwołującego (KIO 1623/11, KIO 2537/11), wedle którego zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mają obowiązek, w razie niezłączenia przez wykonawców do oferty dowodu opłacenia polisy, żądania takiego dowodu.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający powinien wezwać obu wykonawców – Kancelarię Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. i Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o. – do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy; co prawda Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. przedłożyła takie dowody Izbie, a więc można twierdzić, że ponowne ich złożenie, tym razem Zamawiającemu, nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, jednak z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, i fakt, że dokumentów takich oczekują organy kontrolujące, Izba wskazuje, że obaj wykonawcy powinni zostać wezwani do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej przez Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., która powinna obejmować działalność zgodną z przedmiotem zamówienia

Odwołujący podnosił, że polisa ubezpieczeniowa przedstawiona przez Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o. nie obejmuje swym zakresem ubezpieczenia działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia i wywodził, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został określony w taki sposób, który nie pokrywa się z przedmiotem działalności Grupa Doradczą Sienna Sp. z o.o., a jeżeli się pokrywa, to w niewielkim zakresie.

Zamawiający na rozprawie uznał powyższy zarzut.

Przystępujący do odwołania sygn. akt KIO 2633/11 po stronie Zamawiającego Grupa Doradczą Sienna Sp. z o.o. na rozprawie, po uwzględnieniu zarzutu przez Zamawiającego, na podstawie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego jego oferty. Wskazywał, że można wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania w części wbrew literalnej wykładni przepisu, ponieważ

odwrotna interpretacja prowadziłaby do tego, że działałby na swoją niekorzyść, a więc jest niedopuszczalna, ponieważ pozbawiałaby go prawa do obrony.

Izba w odniesieniu do kwestii formalnych, związanych z rozpatrywaniem przedmiotowego zarzutu stwierdziła, co następuje:

Nie ulega wątpliwości, że sprzeciw w trybie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych można wnieść wyłącznie od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Równocześnie z przepisów wynika, że czynności Przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 Prawa zamówień publicznych), tymczasem Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. jednoznacznie sprzeciwiła się stanowisku Zamawiającego

W takich okolicznościach Izba rozważała, czy można stwierdzić, że skoro Zamawiający uznał zarzut w odniesieniu do Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o., to można uznać, że nie ma sporu między Stronami, co pociąga za sobą brak konieczności merytorycznego rozpatrywania zarzutu. Rzeczywiście nie było sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu na linii Odwołujący-Zamawiający, jednak Przystępujący również jest uczestnikiem postępowania i ma prawo wyrazić swoje stanowisko, tym bardziej w sytuacji, kiedy uznanie przez Zamawiającego zarzutu prowadziłoby do wykluczenia go z postępowania. Zakaz działania wbrew woli strony, do której się przystąpiło, wynikający z art. 185 ust. 5 Prawa zamówień publicznych należy interpretować, biorąc pod uwagę zakres przystąpienia; w ocenie Izby, zmiana stanowiska w toku postępowania przez stronę, do której się przystąpiło, nie może wpływać na prawo Przystępującego do ochrony swojego statusu w postępowaniu, jeżeli wola ochrony tego statusu została wcześniej wyrażona w przystąpieniu. Wyrażone stanowisko przez Przystępującego nie jest co prawda sprzeciwem w rozumieniu art.186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (sprzeciw w tym trybie może być wyrażony wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości), jednak nie można zaakceptować poglądu, że można byłoby to stanowisko pominąć w toku postępowania odwoławczego, ponieważ – jak słusznie zauważył Przystępujący – prowadziłoby to do pozbawienia go możliwości obrony swoich praw. Dlatego Izba uznała, że w takiej sytuacji konieczne jest merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu (w przedmiotowej sprawie można przyjąć, że możliwe jest zastosowanie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych odpowiednio).

Odnosząc się do meritum zarzutu, Izba uznała, że zarzut jest nietrafny. Po pierwsze, Zamawiający żądał w ogłoszeniu i w SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej wykonawcy, ubezpieczenia działalności „związanej z przedmiotem zamówienia” (tak jak w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), a nie z nim „zgodnej”. Można więc wnosić, że jakakolwiek działalność zbliżona charakterem do przedmiotu zamówienia, bez względu na stopień „związania” (skoro nie określono takiego stopnia) będzie odpowiadała wymogowi. Pod drugie, nie ulega wątpliwości, że polisa ubezpieczeniowa przedkładana Zamawiającemu na etapie składania ofert jest dowodem na posiadanie odpowiedniego potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej (skoro w tym właśnie celu jest żądana). W dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wyrażono pogląd, iż „celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia” (tak KIO/UZP 299/10, KIO 1395/10). Polisa taka również nie jest składana na dowód posiadania określonych uprawnień - jeżeli Zamawiający oczekuje posiadania określonych uprawnień przez wykonawców, powinien swoje wymogi w tym względzie opisać w ogłoszeniu i SIWZ. Zatem wnioskowanie z przedmiotu działalności objętego polisą (Odwołujący dowodził, że czynności adwokatów i radców prawnych, będące elementem przedmiotu zamówienia, są wyłączone z ubezpieczenia Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o.), czy z przedmiotu działalności wskazanego w KRS Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o. jest nieuprawnione i nie może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro Zamawiający nie wymagał przedłożenia polisy w określonym, skonkretyzowanym zakresie (tj. takim, jaki postuluje Odwołujący), to na etapie oceny ofert precyzowanie takiego zakresu jest niedopuszczalne. Należy wyraźnie rozróżnić ubezpieczenie przedkładane jako dowód posiadania odpowiedniego potencjału ekonomicznego, od ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający może żądać na etapie realizacji umowy (o ile możliwość żądania przewidział w istotnych postanowieniach umowy). W konsekwencji nie zaistniała podstawa do wykluczenia Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o. z postępowania z powodu nieposiadania odpowiedniej polisy ubezpieczeniowej.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, pomimo że wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, nie udowodnił, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego wykonanie pięciu usług, obejmujących swym zakresem wyspecyfikowane przez Zamawiającego prace, pomimo że wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. załączyła do oferty podpisane oświadczenie, iż nie przewiduje części zamówienia

przeznaczonych do podwykonania (k. 44-45 oferty), a jednocześnie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia powołała się na zdolności podmiotów trzecich, przedstawiając ich pisemne zobowiązania do udostępnienia swojego potencjału. Zdaniem Odwołującego powyższe jest nie do pogodzenia, a sprzeczności tej nie da się usunąć w żaden sposób po terminie składania ofert.

Izba uznała, że w sytuacji niniejszego zamówienia – którego przedmiotem jest m.in. świadczenie pomocy prawnej, doradztwo prawne, reprezentacja przed sądami - trudno mówić o podwykonawstwie (legalna definicja podwykonawcy została wyrażona wyłącznie w stosunku do podwykonawcy robót budowlanych w art. 647¹ Kodeksu cywilnego). Przedmiotem zamówienia jest działalność wykonywana osobiście, przez zleceniobiorcę, od którego jest wymagana szczególna staranność – co jednak nie neguje całkowicie możliwości wykonania zamówienia za pomocą osób trzecich. Nikt nie nazywa substytutą procesowego podwykonawcą. Powszechnie przyjęte jest, że projekty pism, opinii, są sporządzane przez inne osoby, niż osoby, które następnie dokonują ich weryfikacji i ostatecznego zatwierdzenia. W tej sytuacji nie można wywodzić jakichkolwiek negatywnych dla wykonawcy konsekwencji z hipotetycznego związku pomiędzy oświadczeniem o wykonaniu zamówienia samodzielnie, a powołaniem się na zdolności podmiotów trzecich, i przedstawienie ich pisemnych zobowiązań do udostępnienia swojego potencjału, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie, wobec dokumentów wymaganych przez Zamawiającego i dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k., skład orzekający nie widzi podstaw do wątpliwości, czy osoby wskazane przez Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k., jako mające uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, będą to zamówienie wykonywały w rzeczywistości. Wydaje się, że Odwołujący wywodzi nieudowodnione możliwości dysponowania cudzymi zasobami wyłącznie z faktu, że zostało złożone oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia – w ocenie Izby jest to pogląd nieuprawniony. Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. złożyła pisemne zobowiązania do oddania do dyspozycji „niezbędnych zasobów” określonych osób fizycznych oraz Kancelarii Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp.p., zatem w świetle przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych wykonawca wystarczająco wykazał, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami. Izba zauważyła również, że Odwołujący w istocie nie kwestionował samej podstawy dysponowania osobami trzecimi, a jedynie poddawał w wątpliwość możliwość posługiwania się osobami trzecimi w kontekście oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia. Odwołanie bada się wyłącznie w zakresie podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych); zarzut koncentrował się wokół rzekomej sprzeczności pomiędzy oświadczeniem o samodzielnym wykonaniu zamówienia a posługiwaniem się potencjałem osób trzecich. Tymczasem, jak wynika z wcześniejszych wywodów, w ocenie składu orzekającego nie

każdy udział osoby trzeciej w realizacji zamówienia może być utożsamiony z wykonaniem zamówienia za pomocą podwykonawcy.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych co do zasady za nieuzasadniony; w konsekwencji również za taki uznano zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (a więc skoro dokumenty złożone przez Kancelarię Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. były zgodne z Prawa zamówień publicznych, to nie było powodów, aby na ich podstawie nie przyznawać punktów za potencjał osobowy, jak chciał Odwołujący).

Jednak mimo nieuwzględniania całości zarzutu, jeden jego aspekt okazał się uzasadniony – odnośnie braku dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie usługi w zakresie dotyczącym pkt 46 wykazu prac - tj. usługi świadczonej na rzecz GSK Services Sp. z o.o. w Poznaniu. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w postępowaniu sygn. akt KIO 2633/11 Kancelaria Radców Prawnych Storczyk & Mikulski Sp.k. w przystąpieniu przyznał, że dokument ten został pominięty przez przeoczenie. Dlatego Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (dlatego w tym zakresie zarzut podniesiony w odwołaniu był uzasadniony). Co prawda Przystępujący załączył brakujący dokument do przystąpienia, więc może się wydawać, że jego ponowne złożenie, tym razem Zamawiającemu, nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, jednak Izba, chcąc zachować konsekwencję w procedowaniu w odniesieniu do każdego z zarzutów, zdecydowała, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, analogicznie, jak w odniesieniu do uzupełniania dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej (gdzie o konieczności jednakowego potraktowania wykonawców zdecydowała zasada równego ich traktowania).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. z postępowania.

Rzeczywiście słusznie zauważał wykonawca Domański Zakrzewski Palinka Sp.k., przystępujący do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2633/11 po stronie Zamawiającego, iż trudno dopatrzeć się interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Prawa zamówień publicznych w podnoszeniu przedmiotowego zarzutu – Odwołujący został sklasyfikowany wyżej w rankingu ofert, niż Przystępujący Domański Zakrzewski Palinka Sp.k., i choć cena nie była jedynym kryterium oceny ofert, wobec okoliczności, że pozycja w rankingu zajęta przez Przystępującego nie była kwestionowana ani przez niego samego, ani przez żadnego innego uczestnika postępowania odwoławczego, jakakolwiek zmiana w rankingu, która mogłaby ewentualnie spowodować poniesienie szkody przez Odwołującego w związku z zaniechaniem wykluczenia Przystępującego z postępowania jest mało prawdopodobna. Jeżeli nawet przyjąć, że Odwołujący miał legitymację do

wniesienia odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu, to jego ewentualne uwzględnienie nie miałyby wpływu na wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej (bowiem w tym postępowaniu oferta Przystępującego nie zostanie uznana za najkorzystniejszą – zajęła ostatnie miejsce w rankingu ofert).

Niemniej jednak Izba postanowiła się odnieść merytorycznie do zarzutu.

Odwołujący twierdził, że Domański Zakrzewski Palinka Sp.k., ponieważ nie wykazał, że usługi, które przedstawia na dowód posiadanego doświadczenia, zostałyby wykonane należycie, bowiem po wezwaniu do uzupełnienia tychże dokumentów złożył odpisy wyroków i faktury, które nie mogą zostać uznane za odpowiednie, w świetle przepisów, dokumenty potwierdzające, że zrealizowane usługi zostały wykonane należycie. Kolejne wezwanie nie jest natomiast możliwe, ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców.

Rzeczywiście ma rację Odwołujący, że umowa o zastępstwo procesowe jest umową starannego działania, a nie umową rezultatu, zatem zwykle samo pozytywne dla mocodawcy orzeczenie nie przesądza o tym, że umowa została należycie wykonana. Jednak skoro Odwołujący nie neguje samego faktu zawarcia umowy o zastępstwo procesowe w sprawach, których wykonaniem legitymuje się Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (możliwość posługiwania się potencjałem Kancelarii Radcy Prawnego „Centrum Zamówień Publicznych Janusz Niedziela” nie była kwestionowana), nie twierdzi też, że posiadał wiedzę, że umowy te były wykonywane z nienależytą starannością, a twierdzi jedynie, że gruntownie przeanalizował treść uzasadnień do przedłożonych orzeczeń, w żadnym miejscu nie znajdując informacji o należyтым wykonaniu usługi pomocy prawnej przez pełnomocnika – to Izba nie znajduje żadnych podstaw, aby uznać zarzut za udowodniony. Rzeczywiście może zaistnieć sytuacja, jak zauważa Odwołujący, w której strona - pomimo należycie świadczonej na jej rzecz pomocy prawnej - przegrywa w procesie, tak samo nie jest wykluczony pozytywny wynik sprawy dla strony, która była reprezentowana nieprofesjonalnie (tj. wówczas, kiedy umowę wykonywano nienależycie). Jednak nie jest normą, aby Sąd odnotowywał w uzasadnieniu orzeczenia, czy pełnomocnik reprezentował stronę z należytą starannością, dlatego okoliczność, na którą powołuje się Odwołujący - że w przywołanych orzeczeniach nie ma informacji o należyтым wykonywaniu umowy o zastępstwo procesowe - nie ma żadnego znaczenia dla oceny, czy umowy te zostały wykonane należycie. W ocenie Izby pozytywne orzeczenie, na korzyść mocodawcy, jest wystarczającym sposobem na udokumentowanie, że umowa o zastępstwo procesowe została wykonana należycie, nawet jeżeli teoretycznie możliwe jest, że takie orzeczenie zapadłoby nawet, gdyby umowę świadczone w sposób nienależyty. Jak już wcześniej zauważono, z punktu widzenia prawnego umowa o zastępstwo procesowe jest umową starannego działania, jednak ostateczny wynik podejmowanych działań jest istotny i często jest podstawą do postrzegania kompetencji pełnomocnika – a więc, wbrew prawnemu charakterowi umowy, również jest oceniany. W konsekwencji, może być również w opinii składu orzekającego podstawą do oceny działań

pełnomocnika dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie ma przeszkód – skoro nie wykazano twierdzeń przeciwnych – aby na podstawie orzeczeń korzystnych dla mocodawcy uznać, że Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. może wykazywać się posiadany doświadczeniem, potwierdzając należyte wykonanie usług przywołanymi w odwołaniu orzeczeniami sądowymi.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych Izba wydała orzeczenie łączne.

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

Przewodniczący:

.....