

Sygn. akt: KIO 1143/11

WYROK
z dnia 14 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2011 r. przez wykonawcę Stanisława Niepostyna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROJECT – MEDIA” w Warszawie przy ul. Korzona 113 lok. 91 w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12

przy udziale wykonawcy Szymona Ziolo prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RedPill Szymon Ziolo w Warszawie przy ul. Warchałowskiego 9 lok. 83, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1143/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Stanisława Niepostyna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROJECT – MEDIA” w Warszawie przy ul. Korzona 113 lok. 91 z postępowania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Stanisława Niepostyna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROJECT – MEDIA” w Warszawie przy ul. Korzona 113 lok. 91 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdziale VII pkt. 3 siwz.
2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stanisława Niepostyna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROJECT – MEDIA” w Warszawie przy ul. Korzona 113 lok. 91,

2.2 zasądza od Ministerstwa Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 na rzecz wykonawcy Stanisława Niepostyna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „PROJECT – MEDIA” w Warszawie przy ul. Korzona 113 lok. 91 kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu o odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

U z a s a d n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Ministerstwo Finansów na *przeprowadzenie szkoleń z modelowania i zarządzania procesami biznesowymi (nr sprawy R/25/11/SC/B/123.)*, wobec czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Stanisława Niepostyna (dalej zwanego odwołującym) i uznania jego oferty za odrzuconą, w dniu 31 maja 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1143/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 31 maja 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia przekazanego przez zamawiającego faksem w dniu 26 maja 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PrZamPubl poprzez bezpodstawne uznanie, iż spełnione zostały przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania, a także z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 wobec zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści dokumentów, które to naruszenia doprowadziły do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący zakwestionował ocenę jego doświadczenia zakończoną uznaniem, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej wartości zamówień. Odwołujący udzielał na wezwanie zamawiającego wyjaśnień dotyczących wartości zamówień oraz dat wskazanych w wykazie, których treść potwierdziły oświadczenia odbiorców usługi. Pomimo wyjaśnień wykonawcy zamawiający uznał, iż wystawcy referencji nie potwierdzili kwot wskazanych w ofercie i wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Odwołujący nie zgodził się z możliwością weryfikacji zakresu doświadczenia w oparciu o treść referencji z pominięciem informacji zawartych w wykazie sporządzonym przez wykonawcę. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał na uzasadnienie faktyczne dotyczące decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, bowiem w uzasadnieniu sformułował jedynie tezę w zakresie nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Informacje zawarte w ofercie były prawdziwe i potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności odwołujący wskazał na konieczność wezwania go do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert, wykluczenia odwołującego i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, alternatywnie wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 2 czerwca 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Szymon Ziolo prowadzący działalność gospodarczą w Warszawie.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za zasadne.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny doświadczenia odwołującego, zakończonej wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PrZamPubl. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykluczenie odwołującego z postępowania pozbawiało tego wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Prowadziło to do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty, udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi liczył się odwołujący w związku z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania, jego oferta mogłaby zostać wybrana, o co wnosił.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, stanowiący treść oferty oraz siwz, doszła do przekonania, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, iż zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, będącego wynikiem czynności wykluczenia z postępowania odwołującego bez wcześniejszego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Na podstawie treści oferty odwołującego, a także jego wyjaśnień udzielanych w toku postępowania oraz informacji uzyskanych przez zamawiającego od podmiotów trzecich, Izba uznała, że zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy PrZamPubl.

Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego o nieprawdziwości informacji zawartych w wykazie wykonanych usług i dotyczących ich wartości, które zamawiający zakwestionował po weryfikacji referencji załączonych na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w pozycji 1 i 2 wykazu. Wątpliwości zamawiającego spowodowały wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz skierowanie do wystawców referencji zapytań o termin i wartość szkoleń. Pytania dotyczyły opisanych w pozycji 1 i 2 wykazu, szkoleń realizowanych dla: Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości opisanej jako „świadczanie usług szkoleniowo/doradczych w zakresie zarządzania procesowego, modelowania procesów biznesowych według notacji BPMN oraz analizy i optymalizacji procesów” o wartości 449 800,03 zł, świadczonych w okresie od 30.11.2009 r. do 02.12.2009 r. (poz. 1 wykazu) oraz dla Wola Info S.A. opisanej jako „świadczanie usług szkoleniowo-doradczych w zakresie modelowania i zarządzania modelowaniem i zarządzania procesami biznesowymi z wykorzystaniem notacji UML, BPMN, EPC” o wartości 88 180,87 zł, świadczonych w okresie od 06.01.2009 r. do 11.05.2009 r. (poz. 2 wykazu). Na potwierdzenie należytego wykonania wymienionych usług załączone zostały do oferty referencje, w których potwierdzono przeprowadzenie przez odwołującego szkolenia pracowników PARP w dniach od 30.11.2009 r. do 02.12.2009 r. (...) w ramach umowy zawartej pomiędzy 4pi sp. z o.o. z PARP (poz. 1 wykazu) oraz przeprowadzenie przez odwołującego w dniu 12.03.2009 r. usługi szkoleniowej dla Wola Info S.A. (...). W żadnej z referencji nie została potwierdzona wartość wskazywana przez wykonawcę w wykazie. W wyjaśnieniach wykonawca oświadczył, iż wskazana przez niego w pozycji pierwszej wykazu wartość dotyczy wartości zamówienia zrealizowanego przez firmę 4Pi na rzecz PARP, a charakter tego zamówienia uniemożliwiał wyodrębnienie z całkowitej kwoty zamówienia

wartości usług świadczonych przez odwołującego w tym zamówieniu. Natomiast w odniesieniu do szkoleń przeprowadzonych w okresie od 6.01.2009 r. do 11.05.2009 r. na rzecz Wola Info S.A. były one podstawą wystawienia faktur na całkowitą kwotę 88 180,87 zł. Faktury wystawione zostały za okres, w którym świadczono tylko usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w prowadzonym postępowaniu, przy czym umowa pomiędzy stronami określała wynagrodzenie ryczałtowe za każdy miesiąc realizacji usługi. Zamawiający w oparciu o informacje przekazane przez odbiorców wymienionych usług szkoleniowych uznał, że nie potwierdzili oni kwot wskazanych w wykazie usług, co miało stanowić uzasadnienie dla stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z opisem sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w rozdziale VII pkt 3 siwz, warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający uznał za spełniony, gdy wykonawca wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 5 usług szkoleniowych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (zgodnie z przedmiotem zamówienia) o łącznej wartości co najmniej 75.000,00 zł. Za odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia zamawiający wskazał szkolenia z modelowania i zarządzania procesami, nie koniecznie z wykorzystaniem BPMN (odpowiedź na pytanie nr 8 z dnia 19.04.2011 r.). Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się szkoleniami przeprowadzonymi nieodpłatnie pod warunkiem, że łączna wartość pozostałych szkoleń wynosić będzie co najmniej 75.000,00 zł. (odpowiedź na pytanie nr 14 z dnia 19.04.2011 r.).

Zamawiający nie zakwestionował żadnej z pięciu pozycji wskazanych w wykazie jako nieodpowiadających przedmiotowi zamówienia (pozycje od trzeciej do piątej świadczone były nieodpłatnie). Dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego miało znaczenie ustalenie, czy dwie pierwsze pozycje wykazu zawierały informacje nieprawdziwe w zakresie wartości usług szkoleniowych i czy potwierdzały one spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a także, czy w okolicznościach faktycznych, zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. Dopuszczalność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów została uzależniona od braku wystąpienia przesłanek negatywnych, tj. stwierdzenia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne było unieważnienie postępowania. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie podnosił dodatkowych okoliczności, poza podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, które wypełniałyby przesłanki do odrzucenia oferty określone w art. 89 ustawy PrZamPubl. W tej sytuacji, w związku z podkreślaną w doktrynie i

orzecznictwie niemożnością wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl zawierających informacje nieprawdziwe, w pierwszej kolejności należało ocenić, czy informacje wskazane przez wykonawcę i dotyczące wartości usług opisanych w dwóch pierwszych pozycjach wykazu, nie były zgodne z rzeczywistością.

Izba uznała za gołosłowne twierdzenie zamawiającego, iż podana w wykazie w pozycji pierwszej wartość zamówienia – 449 800,03 zł, nie jest prawdziwa. Wykonawca uzasadniał potrzebę wskazania wartości całości zamówienia, przy którego realizacji brał udział w części jako podwykonawca, charakterem zamówienia. Zamawiający uznał, iż wartość odnosiła się do całości przedmiotu zamówienia, który w zdecydowanej części obejmował zainstalowanie oprogramowania i jednocześnie przyjął, iż usługa szkoleniowa była świadczona we wskazanym przez wykonawcę okresie. Ponieważ na podstawie referencji zamawiający nie mógł potwierdzić wartości, uznał podaną przez wykonawcę informacja za nieprawdziwą. W ocenie Izby, nie można przyjąć, że informacja dotycząca wartości całego zamówienia jest nieprawdziwa. Takiego dowodu nie dostarcza oświadczenie wystawcy referencji – 4Pi Sp. z o.o., w którym stwierdził niemożliwość wyodrębnienia wartości usług świadczonych przez odwołującego z całości kwoty zamówienia podanej przez wykonawcę. Zamawiający nie przedstawił żadnych innych podstaw pozwalających na przyjęcie jego oceny prawdziwości informacji. W tej sytuacji należało uznać, iż podana wartość zamówienia jest zgodna z rzeczywistym stanem, co wyklucza przyjęcie, że wykonawca podał nieprawdziwą informację o wartości zamówienia, którego część stanowiły usługi świadczone przez odwołującego odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Stanowiska odwołującego oraz wystawcy referencji pozwalały na przyjęcie, iż wykonawca mógł jedynie określić wartość globalną zamówienia. Informacja ta mogła być oceniona jedynie jako nieprecyzyjna, podlegająca wyjaśnieniu, co jednak nie oznacza, że była nieprawdziwa. Skoro nie można ustalić rzeczywistej wartości usługi świadczonej przez odwołującego i odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, mogła być ona uwzględniona dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z tym zastrzeżeniem, że łączna wartość usługi wykazanej w pozycji drugiej wykazu wynosiła co najmniej 75.000,00 zł. W takiej sytuacji, bez wpływu na wynik oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostawałaby informacja o wartości całego zamówienia wskazanego w pozycji pierwszej wykazu.

Zamawiający oceniając doświadczenie wynikające z usługi szkoleniowej świadczonej na rzecz Wola Info s.A., oparł się na treści referencji oraz wyjaśnieniach samego wykonawcy i następcy prawnego wystawcy dokumentu, który wskazał, że wartość szkolenia przeprowadzonego przez odwołującego w dniu 12.03.2009 r. nie przekraczała kwoty 15.000,00 zł. Jak wynika z wyjaśnień następcy prawnego wystawcy referencji, szkolenia były wykonywane w ramach łączącej strony stałej umowy o świadczenie usług w ramach

wynagrodzenia miesięcznego. Informacje przekazane zamawiającemu w piśmie z dnia 23 maja 2011 r. nie stały w sprzeczności z wyjaśnieniami samego wykonawcy, który wskazał na wartość usług szkoleniowych z modelowania i zarządzania procesami biznesowymi prowadzonych w ramach wiążącej strony umowy, w okresie od 6.01.2009 r. do 11.05.2009 r., na które wystawione zostały faktury na całkowitą kwotę 88 180,87 zł. Analiza informacji pozyskanych przez zamawiającego nie prowadziła do wniosku, iż informacja o wartości usług szkoleniowych przeprowadzonych we wskazanym okresie nie wyniosła łącznie 88.180,87 zł. Zatem również twierdzenie o nieprawdziwości informacji nie znajdowało uzasadnienia w dokumentach.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż nie było podstaw do formułowania zarzutu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a tym samym nie potwierdziły się okoliczności, w oparciu o które zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl.

W tej sytuacji, Izba uznała, iż wykonawca winien być wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie potwierdzenia, że usługi świadczone na rzecz Wola Info S.A. były wykonane należycie. Do oferty załączona został jedynie referencja dotycząca jednego ze szkoleń odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a zatem nie potwierdza ona, iż wszystkie szkolenia, których łączna wartość wyniosła 88.180,87 zł., zostały należycie wykonane. Jednocześnie Izba zauważyła, iż wykonawca może w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zarówno uzupełnić brakujące dokumenty dotyczące wskazanej w wykazie usługi, jak również złożyć nowe dokumenty dotyczące innej usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, której wartość po zsumowaniu z wartością usług świadczonych na rzecz Wola Info S.A., (których należyte wykonanie zostanie potwierdzone przez wykonawcę), wyniesie co najmniej 75.000,00 zł.

W tych okolicznościach, Izba uznała, iż zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 26 ust 3 ustawy PrZamPubl, co czyniło decyzję zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PrZamPubl przedwczesną, a decyzję o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl, bezzasadną.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i orzekła jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego. Izba zasądziła na podstawie złożonego rachunku na rzecz odwołującego koszty poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: