

Sygn. akt: KIO 60/14

WYROK
z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2014 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2014 r. przez **Konsorcjum: KPMZ.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., K..... Ś....., Kancelaria Prawna G..... B....., J..... K....., al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów**, w postępowaniu prowadzonym przez **Inspekcję Weterynaryjną-Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu, ul. Januszowicka 48, 50-983 Wrocław.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Inspekcję Weterynaryjną-Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu, ul. Januszowicka 48, 50-983 Wrocław**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: KPMZ.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., K..... Ś....., Kancelaria Prawna G..... B....., J..... K....., al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Inspekcji Weterynaryjnej-Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu, ul. Januszowicka 48, 50-983 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: KPMZ.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., K..... Ś....., Kancelaria Prawna G..... B....., J..... K....., al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów** kwotę 11 098 000 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą złożoną wraz z odwołaniem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Inspekcja Weterynaryjna - Wojewódzki Inspektorat Weterynarii we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na świadczenie usług prawniczych dla Wojewódzkiego Inspektorat Weterynarii. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 24 grudnia 2013 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych 280951- 2013.

Odwołujący - Konsorcjum, w którego skład wchodzi: KPMZ.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. P., K..... Ś....., G..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bytnar Grzegorz Kancelaria Prawna G..... B..... oraz J..... K..... wniósł w dniu 14 stycznia 2014 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego w toku postępowania podjętych na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, polegających na wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego się konsorcjum. Niezgodne z prawem działania zamawiającego, polegały, zdaniem odwołującego na naruszeniu:

1. art. 23 PZP w zw. z art. 22 PZP poprzez jego niezastosowanie oraz w konsekwencji tego przyjęcie, że jedyny warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi spełnić jeden z członków konsorcjum oraz iż Odwołujące się konsorcjum nie spełnia przedmiotowego warunku;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 przez błędne jego zastosowanie i uznanie, iż Odwołujący się nie spełnił warunków udziału w niniejszym postępowaniu i tym samym podlega wykluczeniu z postępowania;
3. art. 24 ust. 4 PZP poprzez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego się;
4. art. 7 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców powodującego niesłuszne wykluczenie Odwołującego się konsorcjum i odrzucenie jego oferty;

Wskazując na powyższe naruszenia, odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 09 stycznia 2014 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego się i odrzuceniu jego oferty,
3. nakazanie ponownej oceny ofert w postępowaniu przy uwzględnieniu braku podstaw do wykluczenia odwołującego się konsorcjum i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności, w przypadku wniesienia przez Zamawiającego wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 PZP, odwołujący wniósł o utrzymanie w mocy zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 PZP.

Ponadto wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych oraz zasądzenie ich w całości od Zamawiającego na rzecz odwołującego się konsorcjum.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz o uznanie za spóźnione zarzutów naruszenia art. 23 w zw. z art. 22 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dziale 5 pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), zamawiający wymagał w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonał usługę/i w zakresie świadczenia pomocy prawnej dla organów administracji publicznej na łączną wartość w okresie jednego roku nie mniejszą niż 50 000 złotych brutto, w tym wykonał usługę i/w zakresie świadczenia pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej na łączną wartość w okresie jednego roku nie mniejszą niż 40 000 złotych brutto oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługa ta została wykonana należycie. Zamawiający zaznaczył, że „w przypadku składania oferty przez wykonawców występujących wspólnie, w/w warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców występujących wspólnie”.

Celem potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu odwołujący złożył wykaz usług, w którym ujął:

1. kompleksową obsługę prawną organu Inspekcji Weterynaryjnej (Wojewódzki Inspektorat Weterynarii w Krośnie), świadczoną przez r. pr. J..... K....., o wartości ok. 26 000 zł za okres od 01.2013 do 12.2013 r.
2. kompleksową obsługę prawną organu Inspekcji Weterynaryjnej (Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Kolbuszowej), świadczoną przez r.pr. P..... Ś....., o wartości 7 200 zł za okres od 01.2013 do 12.2013,

3. kompleksową obsługę prawną organu Inspekcji Weterynaryjnej (Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Łańcucie), świadczoną przez r.pr. G..... B....., o wartości 8 600 zł za okres od 01.2013 do 12.2013,
4. kompleksową obsługę prawną organu Inspekcji Weterynaryjnej (Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Przeworsku), świadczoną przez r.pr. G..... B....., o wartości 8 600 zł za okres od 01.2013 do 12.2013,
5. kompleksowa obsługa prawna jednostki sektora finansów publicznych (Gmina Miasto Ustka), świadczona przez KPMZ.pl o wartości 103 000 zł za okres od 01.2013 do 12.2013.

Pismem z dnia 30 grudnia 2013 roku zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że w złożonej ofercie wykonawca załączył wykaz doświadczenia zawodowego, jednakże nie załączył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Odpowiadając na wezwanie, w dniu 31 grudnia 2013 roku, odwołujący załączył odpisy rekomendacji potwierdzające należyte wykonanie usług, ujętych w wykazie.

W dniu 31 grudnia 2013 roku zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień co do wartości usług, wykazanych w wykazie. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu określenia wartości zamówienia jak i sprecyzowania wartości zamówienia, a także przedłożenia poświadczeń wskazujących wartość zamówienia lub podanie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających uzyskanie takiego poświadczenia przez wykonawcę. Zamawiający wskazał, że stosowne wyjaśnienia należy złożyć w formie pisemnej (oryginał lub kopia poświadczona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem) w terminie do dnia 3.01.2014 roku do godz. 9:00.

W odpowiedzi, odwołujący wniósł o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów do dnia 7 stycznia, wskazując na trudności związane z ich uzyskaniem z uwagi na okres świąteczno - noworoczny. Zamawiający w dniu 2 stycznia 2014 roku nie wyraził zgody na przedłużenie terminu do złożenia dokumentów do dnia 7 stycznia 2014 roku.

Pismem z dnia 2 stycznia 2014 roku odwołujący złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia, przedkładając uzupełniony wykaz usług wraz z precyzyjnie określonymi kwotami oraz załączając odpisy zaświadczeń o zatrudnieniu i wysokości zarobków dla r.pr. J..... K..... oraz G..... B..... oraz umowy na świadczenie pomocy prawnej zawarte pomiędzy Gminą Miasto Ustka a KPMz.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. partnerska. W piśmie odwołujący wyjaśnił, że kwoty wpisane w wykazie usług złożonym wraz z ofertą to wartości przybliżone i wskazał, prostując na następujące kwoty:

1. 20 225, 44 zł jako wartość usług świadczonych przez r.pr. J..... K..... na rzecz Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Krośnie,
2. 7 200 zł jako wartość usług świadczona przez r.pr. K..... Ś..... na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii W Kolbuszowej, wskazał jednocześnie, że w wykazie złożonym wraz z ofertą omyłkowo podał osobę P..... Ś.....,
3. 7 446,35 zł jako wartość usług świadczonych przez r.pr. G..... B..... na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Łąncucie,
4. 8 524,59 zł jako wartość usług świadczonych przez r.pr. G..... B..... na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Przeworsku,
5. 86 578,47 zł jako wartość usług świadczonych przez KPMz.pl Z....., P..... i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. partnerska na rzecz Gminy Miasto Ustka.

Odwołujący wyjaśnił także, że powstałe rozbieżności wynikały z „doliczenia” m.in. „trzynastek” czy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu „wysługi lat” za rok 2013.

Pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku, zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści dokumentów i oświadczeń złożonych w toku postępowania w zakresie wskazania oczy kwoty wynagrodzeń z tytułu umów o pracę świadczoną przez r.pr. J..... K..... oraz G..... B..... obejmują „trzynastkę” i w jakiej wysokości, jak również podania czy w skład wynagrodzenia wchodziły jakiegokolwiek inne dodatki lub nagrody (m.in. za wieloletnią pracę tzw. „wysługę lat”, za posiadanie stopnia służbowego, wykonywanie dodatkowych zadań) z wyszczególnieniem, czy i jakie oraz z jakiego tytułu były to dodatki.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku, wyjaśnił, co następuje:

1. odnośnie usług świadczonych przez r.pr. J..... K..... na rzecz Wojewódzkiego Inspektoratu Weterynarii w Krośnie, wskazał, że na wysokość wynagrodzenia wynoszącą 20 225,44 zł składa się:
 - wynagrodzenie zasadnicze, zgodnie z załączoną umową o pracę (wraz z dodatkiem za wysługę lat) – w kwocie 18 893,46 zł,
 - wynagrodzenie dodatkowe ze świadczenie pracy w 2012 r. – w kwocie 1 331,98 zł
2. odnośnie usług świadczonych przez r.pr. G..... B..... na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Łąncucie, wskazał, że na wysokość wynagrodzenia wynoszącą 7 446,35 zł, składa się:
 - wynagrodzenie zasadnicze w kwocie 614 zł brutto miesięcznie (z dodatkiem za wysługę lat), co za okres 12 miesięcy daje łączną kwotę 7 368 zł
 - ekwiwalent za niewykorzystany urlop w wysokości 78,35 zł.

3. odnośnie usług świadczonych przez r.pr. G..... B..... na rzecz Powiatowego Inspektoratu Weterynarii w Przeworsku, wskazał, że na wysokość wynagrodzenia wynoszącą 8 524,59 zł, składa się:

- wynagrodzenie zasadnicze w kwocie 614 zł brutto miesięcznie (z dodatkiem za wysługę lat),
- dodatkowe wynagrodzenie „trzynastka” za rok 2013 w kwocie 543,41 zł,
- dodatkowe wynagrodzenie „trzynastka” za rok 2012 w kwocie 543,41 zł
- ekwiwalent za niewykorzystany urlop w wysokości 69,77 zł.

W dniu 9 stycznia 2014 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający podał, że w związku z udzielonymi wyjaśnieniami w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, odwołujący wykazał się świadczeniem usług pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej na kwoty:

1. r.pr. J..... K..... - 14 020,80 zł brutto (wynagrodzenie zasadnicze za okres od 1.2013 do złożenia oferty, bez dodatku za wysługę lat oraz dodatkowego wynagrodzenia za świadczenie pracy w 2012 r).
2. r.pr. K..... Ś..... - 7 200 zł brutto za okres 01.2013 do 12.2013 r.
3. r.pr. G..... B..... - łącznie 14 736 zł brutto, w tym:
 - a. 7 368 zł brutto (wynagrodzenie zasadnicze za okres od 01.2013 do dnia złożenia oferty wraz z dodatkiem za wysługę lat, bez ekwiwalentu za niewykorzystany urlop),
 - b. 7 368 zł brutto ((wynagrodzenie zasadnicze za okres od 01.2013 do 12.2013 roku wraz z dodatkiem za wysługę lat, bez dodatkowych wynagrodzeń za rok 2012 i 2013, a także bez ekwiwalentu za niewykorzystany urlop).

Kwoty wynagrodzeń z tytułu umowy o pracę, podane przez odwołującego, nie mogą być w ocenie zamawiającego uznane w całości za kwoty wynagrodzeń, które wskazują na spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania usług pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej, gdyż obejmują one takie składniki wynagrodzenia, które nie są przedmiotowo związane z świadczeniem przez wykonawców w ramach tych umów o pracę, usług pomocy prawnej, lecz składniki te należne były wykonawcom jedynie z tytułu przynależności do korpusu służby cywilnej oraz charakteru stosunku pracy na podstawie umowy o pracę. Zdaniem zamawiającego za wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej nie można uznać dodatków za wieloletnią pracę oraz dodatkowych wynagrodzeń rocznych, które zostały wypłacone w roku 2013, ale faktycznie dotyczyły roku 2012, gdyż dodatki za

wieloletnią pracę oraz dodatkowe wynagrodzenie roczne i ich wysokość nie są zależne od wykonywania usług pomocy prawnej w danym okresie czasu, lecz zależą od przynależności do korpusu służby cywilnej, całego stażu i okresu pracy danego pracownika w służbie cywilnej (...).

Ponadto, zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć kwoty najwyższych wynagrodzeń za wykonanie usług pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej, wskazane przez wykonawcę już w załącznikach do oferty złożonej dnia 31.12.2013 roku, czy też kwoty wskazane przez wykonawców wraz z pismem z dnia 2.01.2014 roku, to oczywistym jest, że żaden z wykonawców nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez wykazanie wykonania usług w zakresie pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej na łączną wartość w okresie jednego roku nie mniejszą niż 40 000 zł brutto, gdzie zgodnie z pkt V.2.2. siwz zamawiający wymagał, aby warunek ten został spełniony co najmniej przez jednego z wykonawców występujących wspólnie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że istotą tworzenia konsorcjum jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie spełnić wymagań zamawiającego. Istotą konsorcjum jest dopuszczalność kumulacji doświadczenia, kapitału, potencjału technicznego, ludzkiego etc poszczególnych członków konsorcjum, która umożliwia uczestniczenie tego podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe, Izba uznała za nieuprawnione przyjęcie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagania, że w przypadku składania oferty przez wykonawców występujących wspólnie, warunek wymaganej wiedzy i doświadczenia, opisany w rozdziale V pkt 2.2. siwz, musi spełnić co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie. Postanowienie tego rodzaju, jako sprzeczne z przepisami ustawy lub mające na celu obejście przepisów ustawy należy uznać za nieważne (art. 58§1 k.c.).

Izba nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego, że zarzut naruszenia art. 23 w zw. z art. 22 ustawy Pzp jest zarzutem spóźnionym, z uwagi na to, że wymaganie zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia nie było kwestionowane przed składaniem ofert. Zdaniem Izby, sprzeczne z przepisami ustawy Pzp postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyłącza stosowania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zaś do naruszenia art. 23 ustawy Pzp doszło przez czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na brak spełnienia warunku wymaganego doświadczenia przez co najmniej jednego z członków konsorcjum.

Nie zasługuje także na uznanie stanowisko zamawiającego co do nieuwzględnienia w wartości świadczonych usług, uzyskiwanych przez radców prawnych zatrudnionych na umowę o pracę dodatków za wysługę lat, ekwiwalentów za urlop czy dodatkowych wynagrodzeń rocznych. Wymienione składniki wynagrodzenia wynikają ze świadczenia jednej usługi pomocy prawnej i składają się na wartość tej usługi. Dodatek za wysługę lat jest elementem stałego wynagrodzenia. Pozostałe składniki wynagrodzenia należne z tytułu świadczenia pomocy prawnej na podstawie umowy o pracę oraz związanej z tym przynależności do korpusu służby cywilnej (dodatkowe roczne wynagrodzenie czy ekwiwalent za urlop) stanowią w istocie wartość świadczonych usług.

Podsumowując, do oceny spełniania warunku wymaganego doświadczenia przez konsorcjum odwołującego, należy przyjąć łączne doświadczenie wykazane przez konsorcjantów w zakresie świadczenia pomocy prawnej na rzecz organów Inspekcji Weterynaryjnej tj. przez radcę prawnego J..... K..... o wartości 20 225,44 zł, radcę prawnego K..... Ś..... o wartości 7 200 zł, radcę prawnego G..... B..... o łącznej wartości 15 970,94 zł (7 446,35 zł+8 524,59zł). Nie ulega zatem wątpliwości, że odwołujące konsorcjum spełniło wymagania co do wykonania usługi w zakresie świadczenia pomocy prawnej dla organów Inspekcji Weterynaryjnej na łączną wartość w okresie jednego roku nie mniejszą niż 40 000 złotych brutto.

Wobec tego, że stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, Izba działając w oparciu o art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący: