

Sygn. akt: KIO 1030/15

WYROK

z dnia 3 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez **wykonawcę KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., Al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Weterynarii, ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Głównemu Inspektoratowi Weterynarii unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p.,**
2. kosztami postępowania obciąża **Główny Inspektorat Weterynarii, ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., Al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Głównego Inspektoratu Weterynarii, ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa** na rzecz **wykonawcy KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p., Al. Armii Krajowej 7, 35-307 Rzeszów** kwotę

11 613 zł 47 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset trzynaście złotych czterdzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

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:

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Weterynarii (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług pomocy prawnej dla Głównego Lekarza Weterynarii oraz Głównego Inspektoratu Weterynarii w 2015 r. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 marca 2015 r. pod pozycją 31855.

W dniu 18 maja 2015 r. wykonawca KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż niezgodne z prawem działania zamawiającego polegały na:

- 1) naruszeniu art. 181 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, tj. brak unieważnienia czynności wyboru dokonanej pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r., w konsekwencji czego w obrocie funkcjonują dwa dokumenty stanowiące o wyborze najkorzystniejszej oferty (pierwszy z dnia 20 kwietnia 2015 r., drugi z dnia 13 maja 2015 r.) i każdy z nich zawiera odmienne rozstrzygnięcie;
- 2) naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podczas gdy odwołujący wraz ze złożoną ofertą złożył zaświadczenie o zatrudnieniu partnera spółki P. P. w ARiMR POR, toteż nie można przyjąć, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, a jedynie że zamawiający nieprawidłowo je zinterpretował;
- 3) naruszenie art. 25 ust. 4 w zw. z art. 181 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. brak unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r. oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazanego doświadczenia w obsłudze ARiMR POR, podczas gdy odwołujący wskazał zamawiającemu alternatywnie doświadczenie w świadczeniu usług na rzecz innego podmiotu - w przypadku nieuwzględnienia doświadczenia wykazanego pierwotnie w ofercie;

- 4) naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący nie powinien zostać wykluczony, przez co oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy w zakresie kryterium 4, tj. uwzględnienie 112 miesięcy doświadczenia na rzecz Szpitala Czerniakowskiego w Warszawie, podczas gdy zgodnie z Rozdziałem XVII pkt 9 SIWZ „Doświadczenie w realizacji usług obsługi prawnej jednostek sektora finansów publicznych będzie uwzględniane wyłącznie w odniesieniu do ostatnich 5 lat poprzedzających termin składania ofert w niniejszym postępowaniu” - tj. maksymalnie 60 miesięcy;
- 6) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców powodującego niesłuszne wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty, oraz faworyzowanie oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Ad. 1)

Odwołujący wskazał, iż zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez odwołującego. Jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 13 maja 2015 r., zamawiający otrzymał w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp informację z kancelarii innego wykonawcy dotyczącą rzekomej nieprawidłowości w działaniach zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Jak zauważył odwołujący, biorąc pod uwagę treść art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji, zamawiający powinien był unieważnić dokonaną czynność wyboru, bowiem w obrocie nie powinny funkcjonować dwa sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia: wybór oferty KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p. niewykluczający żadnego z wykonawców, oraz wybór oferty Kancelarii Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. wykluczający odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, że konsekwencją zaniechanych czynności powinno być ich dokonanie. Czynność wykluczenia wykonawcy jest nierozzerwalnie związana z czynnością dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 24 w zw. z art. 91 ustawy Pzp. Czynność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej kończy postępowanie przetargowe. W związku z tym, w sytuacji dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

zamawiający powinien zadbać o to, aby w obrocie funkcjonowało tylko jedno rozstrzygnięcie postępowania przetargowego. Wobec faktu, iż zamawiający pominął czynność formalną polegającą na unieważnieniu czynności wyboru z dnia 20 kwietnia 2015 r., aktualnie funkcjonują dwa sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia, a do takiej sytuacji zamawiający, zdaniem odwołującego, dopuścić nie powinien.

Ad. 2) i 3)

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu z dnia 13 maja 2015 r., iż odwołujący w złożonej ofercie wskazał nieprawdziwe informacje podając, iż legitymuje się doświadczeniem w świadczeniu usług obsługi prawnej na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Podkarpacki Oddział Regionalny w okresie od 1 września 2005 r. do 20 marca 2015 r., odwołujący podniósł, iż w złożonej ofercie wykazał się doświadczeniem w świadczeniu usług na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Podkarpacki Oddział Regionalny poprzez oświadczenie w formularzu ofertowym poparte zaświadczeniem o zatrudnieniu w ARiMR POR partnera spółki odwołującego – radcy prawnego P. P. . Tym samym, zamawiający już na etapie pierwotnej oceny ofert posiadał informacje, iż doświadczenie wykonawcy - spółki partnerskiej - stanowi *de facto* doświadczenie partnera spółki. Z niewiadomych dla odwołującego przyczyn zamawiający zaprzecza, aby dokument ten został złożony wraz z ofertą. Odwołujący wyjaśnił, iż jego praktyką jest, iż przed złożeniem oferty dokonuje kserokopii całej złożonej oferty, tj. wszystkich stron skompletowanej oferty, która zostaje następnie złożona do zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż w egzemplarzu stanowiącym wierne odwzorowanie złożonej oferty, załączony jest dokument „zaświadczenie o zatrudnieniu” wydane przez ARiMR POR.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykluczenie z postępowania może być jedynie następstwem celowego działania wykonawcy. Odwołujący wskazał m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2014 r., gdzie wskazano, że „Pod pojęciem złożenia nieprawdziwych informacji kryje się celowe, intencjonalne (nakierowane na uzyskanie zamówienia) wprowadzenie zamawiającego w błąd.” (sygn. akt KIO 2604/14). Odwołujący stwierdził, że działanie odwołującego w żaden sposób nie mogło być nakierowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Odwołujący podkreślił, że już w ofercie złożono dokument potwierdzający fakt zatrudnienia radcy prawnego P. P. w ARiMR POR, mimo że zamawiający temu zaprzecza, a w wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2015 r. wskazano, że Spółka wraz z jej zawarciem nabyła wiedzę i doświadczenie, którym legitymował się każdy z jej partnerów.

Ponadto odwołujący powtórzył oświadczenie złożone w wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2015 r., iż może wylegitymować się doświadczeniem, dzięki któremu uzyskałby również maksymalną ilość punktów zgodnie z kryterium nr 4 - kryterium doświadczenia (maksymalne punktowane doświadczenie stanowić miało 60 miesięcy doświadczenia w obsłudze jednostki sektora finansów publicznych - Rozdział XVII pkt 9 SIWZ). Powyższe wskazuje, w przekonaniu odwołującego, iż odwołujący działał w dobrej wierze, tj. jego celem było wykazanie rzeczywistego doświadczenia. Nie można zatem uznać, że celem odwołującego było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z uwagi na powyższe, jak zauważył odwołujący, „Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd” (wyrok KIO z dnia 30 października 2014 r., sygn. akt KIO 2136/14).

Odwołujący podniósł, iż podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający powinien ponad wszelką wątpliwość wykazać zamiar wprowadzenia w błąd oraz winę umyślną odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, które w sposób jednoznaczny wykaże, że celem wykonawcy było umyślne wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza, jak zauważył odwołujący, utrwalona linia orzecznicza KIO, w tym. m. in. wyrok KIO z dnia 27 października 2014 r.: „1. Wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a więc w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. „2. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 3 p.z.p. wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistością także ustalenia, że działania wykonawcy były zawinione i celowe. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.” (sygn. akt KIO 2004/14).

Odwołujący stwierdził ponadto, że zgodnie z postanowieniem SIWZ, iż w kryterium 4 zamawiający będzie oceniał liczbę pełnych miesięcy, w których wykonawca zajmował się obsługą prawną jednostek sfery finansów publicznych, wraz ze złożoną ofertą wylegitymował się doświadczeniem przedkładając zaświadczenie o zatrudnieniu, w którym wskazano okres zatrudnienia oraz zaznaczono, iż jest to stosunek pracy, na podstawie którego jeden

z partnerów spółki odwołującego świadczy usługi na podstawie umowy o pracę. Jak zaznaczył odwołujący, wykonawca składając ofertę nie może ponosić negatywnych skutków z uwagi na błędnie interpretowane intencje wykonawcy, nieprecyzyjne postanowienia SIWZ czy też niedopatrzenia zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż do złożonej oferty złożył wydruk z KRS spółki KPMZ.pl, z którego jednoznacznie wynika, iż spółka została wpisana do KRS 12 lipca 2011 r. Natomiast wskazane doświadczenie, które zamawiający zaakceptował, obejmowało okres znacznie dłuższy niż funkcjonowanie spółki - od września 2005 r. do złożenia oferty. Z tego wywieść należy, w opinii odwołującego, iż zamawiający w momencie oceny ofert i dokonania pierwotnego wyboru, tj. w dniu 20 kwietnia 2015 r., miał pełną wiedzę na temat doświadczenia, które wskazał odwołujący, łącznie z tym, iż posłużył się doświadczeniem, które nabył przed związaniem spółki. W przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, zamawiający miał prawo zwrócić się do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie rozbieżności choćby pomiędzy datą związania spółki a okresem zdobywanego doświadczenia. Zamawiający milcząco zaakceptował wskazane przez odwołującego doświadczenie posiadając dwa dokumenty, które ewentualnie mogły wzbudzić jego wątpliwości.

Zdaniem odwołującego, w sytuacji wykorzystania przez zamawiającego możliwości określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, odwołujący mógł ewentualnie wskazać inne doświadczenie, jakim się legitymuje np. w świadczeniu obsługi prawnej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie. O fakcie, iż odwołujący legitymuje się ewentualnie innym doświadczeniem, które może wskazać, odwołujący informował zamawiającego w piśmie z dnia 5 maja 2015 r. Wyjaśnienia te, w związku z brakami wskazanymi powyżej, zamawiający powinien traktować jako uzupełnienie złożonej oferty o wskazanie dodatkowego doświadczenia. Odwołujący zauważył przy tym, iż zamawiający nie wskazał w SIWZ, aby wykonawca mógł wykazywać tylko jeden podmiot, w którym nabył doświadczenie. W związku z faktem, iż odwołujący w treści pisma szczegółowo opisał doświadczenie, jakim się legitymuje odnośnie Podkarpackiego Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Krośnie - zamawiający powinien doświadczenie to uwzględnić akceptując, iż odwołujący legitymuje się maksymalnym możliwym do uzyskania doświadczeniem - 5 letnim (60 miesięcznym).

Podsumowując, odwołujący podkreślił, że z całą pewnością można stwierdzić, że intencją odwołującego nie było wprowadzenie w błąd zamawiającego. Odwołujący w chwili złożenia oferty był przekonany, że wskazane przez niego doświadczenie może być ocenione jako doświadczenie spółki. Z takimi też interpretacjami odwołujący spotykał się

w innych postępowaniach przetargowych. Odwołujący zaznaczył, że na pierwsze wezwanie zamawiającego odnośnie złożenia wyjaśnień co do kwestii doświadczenia, odwołujący złożył precyzyjne wyjaśnienia przedstawiające jego interpretację doświadczenia punktowanego w kryterium nr 4. Ewentualny brak akceptacji ze strony zamawiającego powinien mieć ewentualnie skutek braku zaakceptowania doświadczenia z kryterium nr 4, nie zaś wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad. 4)

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, z którego można by wywnioskować, iż odwołujący z własnej winy, ze świadomością w chwili składania oferty, mając na celu rozstrzygnięcie postępowania na jego korzyść, złożył nieprawdziwe oświadczenie co do doświadczenia odwołującego. Niedopuszczalne zatem jest, w ocenie odwołującego, aby zamawiający na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykluczył odwołującego i odrzucił jego ofertę. Odwołujący oświadczył, iż był przekonany, że wykazane doświadczenie jest akceptowalne na potrzeby spełnienia kryterium nr 4, w przeciwnym zaś wypadku wskazałby doświadczenie w świadczeniu usług obsługi prawnej na rzecz innego podmiotu, również pozwalające na uzyskanie maksymalnej ilości punktów z tytułu doświadczenia.

Ad. 5)

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający dokonując wyboru pismem z dnia 13 maja 2015 r. wskazał, iż doświadczenie Kancelarii Radców Prawnych Ć. i Partnerzy w kryterium 4 oceniane jest w zakresie 112 miesięcy doświadczenia w świadczeniu usług obsługi prawnej na rzecz Szpitala Czerniakowskiego w Warszawie, podczas gdy zgodnie z Rozdziałem XVII pkt 9 SIWZ „Doświadczenie w realizacji usług obsługi prawnej jednostek sektora finansów publicznych będzie uwzględniane wyłącznie w odniesieniu do ostatnich 5 lat poprzedzających termin składania ofert w niniejszym postępowaniu”, tj. maksymalnie 60 miesięcy.

Powyższe jest istotne o tyle, zdaniem odwołującego, że w przypadku, gdy zamawiający będzie dokonywał ponownej oceny ofert, powinien przyznać maksymalną ilość punktów zarówno Kancelarii Radców Prawnych Ć. i Partnerzy, jak również KPMZ.pl - uwzględniając wskazane przez odwołującego doświadczenie zdobyte np. w trakcie obsługi prawnej Podkarpackiego Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Krośnie. Biorąc pod uwagę treść SIWZ, zamawiający powinien obydwu wykonawcom przyznać po 100 pkt stanowiących 20% kryterium wyboru. Odwołujący przypomniał, iż na powyższe uchybienie wskazywał już w piśmie z dnia 5 maja 2015 r.

Ad. 6)

W ocenie odwołującego, wobec działań zamawiającego, a w szczególności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 maja 2015 r., trudno mówić o równym traktowaniu wykonawców w niniejszym postępowaniu, a zatem o zachowaniu zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wyraził niezrozumienie dla przyczyn, z których zamawiający twierdzi, iż wraz z ofertą odwołującego nie został dostarczony dokument - zaświadczenie o zatrudnieniu radcy prawnego P. P. z dnia 12 grudnia 2014 r. Do oferty dołączono - zgodnie z treścią formularza ofertowego - 6 rekomendacji. Co prawda odwołujący nie opisał każdej z nich, jednakże wyliczając każdą kolejną - dokumentów świadczących o wykonanych usługach jest łącznie sześć:

- rekomendacja z Urzędu Miasta i Gminy Skawina z dnia 16 grudnia 2014 r.,
- zaświadczenie o zatrudnieniu z ARiMR POR z dnia 12 grudnia 2014 r.,
- rekomendacja z Gminy Miasta Chełmży z dnia 5 listopada 2014 r.,
- rekomendacja wydana przez Szpital Ogólny w Wysokiem Mazowieckiem z dnia 8 stycznia 2014 r.,
- rekomendacja wydana przez Centrum Rehabilitacji i Medycyny Pracy ATTIS Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 2 lipca 2014 r.,
- rekomendacja wydana przez Gminę Miasta Ustka z dnia 20 października 2014 r.

Odwołujący zauważył, że nawet pomimo uznania przez Izbę, iż dokument ten nie zalegał w aktach postępowania, należy z całą pewnością stwierdzić, że w przypadku nieuwzględnienia doświadczenia wskazanego w ofercie (obsługa prawna ARiMR POR), zamawiający powinien dokonać kolejno czynności unieważnienia wyboru, wyboru najkorzystniejszej oferty uwzględniając doświadczenie odwołującego zdobyte w Podkarpackim Szpitalu Wojewódzkim im. JP II w Krośnie. Nawet, z daleko idącej ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia doświadczenia z Podkarpackiego Szpitala Wojewódzkiego im. JP II w Krośnie - zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1137/14 oraz KIO 1144/14, gdzie stwierdzono: „Zaistnienie przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust 2 pkt. 3 p.z.p. powinno być udowodnione w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 p.z.p., nie zostaną zachowane”.

Powyższe uchybienia zamawiającego powodują, jak wskazał odwołujący, że trudno mówić o równym traktowaniu wykonawców. Odwołujący przypomniał, iż zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że skoro zamawiający wyklucza na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołującego, który rzekomo miał poświadczyć nieprawdę, a jednocześnie odwołujący wykazuje, iż legitymuje się doświadczeniem, dzięki któremu również uzyskałby maksymalną ilość punktów w jednym z kryteriów, można przyjąć, że jego działania mają charakter niezgodnych z ustawą Pzp, ograniczający konkurencję. Działania zamawiającego w sposób oczywisty faworyzują ofertę konkurencyjną.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 13 maja 2015 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu przy uwzględnieniu braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- z ostrożności, w przypadku złożenia przez zamawiającego wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący wniósł o utrzymanie w mocy zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp,
- ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych oraz zasądzenie ich w całości od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść wyjaśnień odwołującego z dnia 5 maja 2015 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba zgodziła się z odwołującym, iż unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 kwietnia 2015 r. i następnie dokonanie kolejnej takiej czynności zwiększyłoby przejrzystość postępowania. Izba zważyła jednak, iż ustawa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku takiego działania, stąd brak jest możliwości czynienia zamawiającemu zarzutu zaniechania unieważnienia czynności z dnia 20 kwietnia 2015 r. Wobec powtórzenia przez zamawiającego czynności i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 13 maja 2015 r. należy uznać, iż tym samym pierwsza czynność została unieważniona. Wobec powyższego, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 181 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż wykazywanego przez odwołującego doświadczenia radcy prawnego P. P. nabytego z tytułu zatrudnienia w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa nie można uznać za doświadczenie w realizacji usług obsługi prawnej jednostek sektora finansów publicznych, które podlega punktacji

w ramach kryterium oceny ofert. Doświadczenie radcy prawnego P. P. z tytułu zatrudnienia w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa na podstawie stosunku pracy jest doświadczeniem wyłącznie tej osoby – umowa o pracę została zawarta nie z kancelarią, która jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a z konkretną osobą, jeszcze przed powstaniem kancelarii. Ponadto, świadczenie pracy na podstawie stosunku pracy charakteryzuje się podporządkowaniem służbowym pracownika, a pracownik nie odpowiada za efekt końcowy pracy (nie ma mowy o należyтым bądź nienależyтым wykonaniu usług czy konsekwencjach z tego tytułu). Z tego względu doświadczenia zdobytego przez radcę prawnego P. P. nie można przekładać na doświadczenie wykonawcy, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu KPMZ.pl Z., P. i Partnerzy Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p.

Jednocześnie, Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w spornym zakresie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych (m.in. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12) ugruntowany jest pogląd, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy złożenie nieprawdziwych informacji jest wynikiem celowego, zamierzonego zachowania wykonawcy, działającego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Tymczasem z wyjaśnień złożonych przez odwołującego w piśmie z dnia 5 maja 2015 r. wynika, iż złożenie oświadczeń w skarżonym zakresie było wynikiem uznania, iż uprawnione jest przyjęcie, że doświadczenie partnera spółki zdobyte w racji wykonywania stosunku pracy w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jest doświadczeniem wykonawcy. Takie, błędne, w ocenie Izby, przekonanie, powinno skutkować nie przyznaniem przez zamawiającego punktów w spornym kryterium, nie zaś wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, iż na obecnym etapie brak jest podstaw do uznania, że uwzględnienie ww. zarzutu nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Ocena ofert pod względem ustalonych w postępowaniu kryteriów jest zadaniem zamawiającego, stąd twierdzenia zamawiającego oraz wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., iż w sytuacji nie przyznania odwołującemu punktów w kryterium 4 oferta odwołującego klasyfikowałaby się na drugim miejscu w rankingu ofert nie mogą odnieść skutku w postaci oddalenia odwołania. Zamawiający, wobec stwierdzonego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązany

jest do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego biorąc pod uwagę wytyczne Izby wskazane w przedmiotowym uzasadnieniu.

Jednocześnie, brak jest podstaw do przyznania odwołującemu w kryterium 4 oceny ofert punktów za inne doświadczenie wskazane przez odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 5 maja 2015 r., tj. świadczenie obsługi prawnej dla Podkarpackiego Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Krośnie. Możliwość uzupełnienia czy też wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dotyczy bowiem wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca nie przewidział możliwości zastosowania ww. trybów w zakresie kryteriów oceny ofert. Stosowanie uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów na użytek kryteriów oceny oferty mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający podjął starania w celu wyjaśnienia wątpliwości zwracając się do odwołującego pismem z dnia 30 kwietnia 2015 r. o wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznaniu przez Izbę nie podlegał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę w kryterium 4 oferty złożonej przez wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p. Izba ustaliła, iż wartość przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została oszacowana poniżej tzw. progów unijnych. Co za tym idzie, na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, uprawnienie wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej zostało ograniczone i na etapie oceny ofert nie przysługuje w zakresie innym niż wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania czy odrzucenia oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby, zgodnie z przedłożonymi rachunkami.

Przewodniczący: