

WYROK
z dnia 30 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A. (lider konsorcjum), 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7, Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, 02-801 Warszawa, ul. Puławska 433, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. Jawna, 30-051 Kraków, ul. Urzędnicza 24/1, Eficom S.A., 02-014 Warszawa, ul. Nowogrodzka 68** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** protestu z dnia 31 grudnia 2008 r

przy udziale wykonawcy **Infovide-Matrix S.A., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A. (lider konsorcjum), 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7, Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, 02-801 Warszawa, ul. Puławska 433, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp.

Jawna, 30-051 Kraków, ul. Urzędnicza 24/1, Eficom S.A., 02-014 Warszawa, ul. Nowogrodzka 68 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A. (lider konsorcjum), 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7, Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, 02-801 Warszawa, ul. Puławska 433, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. Jawna, 30-051 Kraków, ul. Urzędnicza 24/1, Eficom S.A., 02-014 Warszawa, ul. Nowogrodzka 68,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A. (lider konsorcjum), 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7, Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, 02-801 Warszawa, ul. Puławska 433, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. Jawna, 30-051 Kraków, ul. Urzędnicza 24/1, Eficom S.A., 02-014 Warszawa, ul. Nowogrodzka 68** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A. (lider konsorcjum), 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7, Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, 02-801 Warszawa, ul. Puławska 433, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Sp. Jawna, 30-051 Kraków, ul. Urzędnicza 24/1, Eficom S.A., 02-014 Warszawa, ul. Nowogrodzka 68.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługę wykonania dokumentacji projektowej na potrzeby podpisania umowy na realizację projektu indywidualnego Nr 88 pod nazwą Platforma Usług Elektronicznych dla klientów ZUS (PUE) w ramach Programu Operacyjnego Informatyzacja Gospodarka, w szczególności studium wykonalności wraz z harmonogramem realizacji projektu, analizę ryzyka, dokumentację techniczną i kosztorys oraz wniosek o dofinansowanie Projektu wraz z kompletnymi wymaganymi załącznikami* (numer referencyjny TZ/370/83/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 5 listopada 2008r. 2008/S 215-286747.

W dniu 23 grudnia 2008 roku zamawiający przekazał informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wola Info S.A., Softtutor Consulting – Mirosław Wiatr i Wspólnicy Spółka Komandytowa, InfoStrategia Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba Spółka Jawna, zwanych dalej konsorcjum. W dniu 31 grudnia 2008 roku konsorcjum złożyło protest i wniosło o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, ponowną ocenę wniosku konsorcjum i uznanie, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W dniu 9 stycznia 2009 roku zamawiający rozstrzygnął wniesiony protest oddalając go w całości. Nie zgadzając się z takim rozstrzygnięciem konsorcjum 19 stycznia 2009 roku wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu za pomocą faksu. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Infovide-Matrix S.A.

W odwołaniu, wykonawca podtrzymał postawione w proteście zarzuty rażącego naruszenia art. 7 ust. 1, art. 14 w zw. z art. 65 § 1 KC, art. 24 ust. 2 pkt 3, będących następstwem błędnej wykładni treści ogłoszenia prowadzącej do jej nieuprawnionej modyfikacji i dokonanej na tej podstawie czynności wykluczenia konsorcjum z postępowania. Konsorcjum, zgodnie z zasadami wykładni językowej dokonało interpretacji warunku dotyczącego doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością współfinansowanych ze środków publicznych przez Unię Europejską w ramach jednego, dwóch lub więcej n/w Programów. Zapis warunku wskazywał na możliwość wykazania przez wykonawców usług współfinansowanych tylko ze środków publicznych lub tylko przez Unię Europejską (w ramach wymienionych programów lub programu) lub zarówno ze środków publicznych, jak i przez Unię Europejską. Tym samym doświadczenie

mogło być również potwierdzone poprzez wykonanie projektów współfinansowanych ze środków publicznych, innych podmiotów niż Unia Europejska, co zostało udokumentowane przez konsorcjum. Wskazując w ogłoszeniu „środki publiczne” zamawiający dopuszczał również inne źródła finansowania niż Unia Europejska. W odwołaniu powołane zostały zasady interpunkcji języka polskiego, zgodnie z którymi, jeżeli autor zdania decyduje się na połączenie bezspójnikowe, to znaczy, że dopuszcza interpretację dwojaką – alternatywę lub koniunkcję. Zatem przy interpretacji zdań połączonych przecinkiem, przy braku wyraźnie użytych spójników typu *i* czy też *lub* w danym ciągu logicznym, za dopuszczalną należy uznać zarówno interpretację w której przecinek traktowany jest jako koniunkcja jak też jako alternatywa. W efekcie interpretacja takiego ciągu logicznego sprowadza się do potraktowania go jako alternatywy łącznej, która prawdziwa jest zarówno wtedy, gdy oba jej człony są prawdziwe, jak wtedy, gdy prawdziwy jest jeden z członów. Zatem interpretacja dokonana przez zamawiającego zakładająca spełnienie obu warunków, tj., finansowania projektu środkami pochodzącymi ze środków publicznych będących jednocześnie środkami z Unii Europejskiej, jest niepoprawna i stanowi nieuprawnioną modyfikację treści ogłoszenia, prowadzącą do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp, na skutek wykluczenia na tej podstawie konsorcjum z udziału w postępowaniu. Konsorcjum wykazało się doświadczeniem realizacji projektów współfinansowanych ze środków publicznych i nie istniała żadna merytoryczna podstawa do uznania, iż miały być to tylko projekty współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, a jakkolwiek wątpliwość w tym zakresie powinna być rozstrzygnięta na korzyść konsorcjum.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, iż warunek doświadczenia należy odnosić do usług współfinansowanych ze środków publicznych, ale przez Unię Europejską i to wyłącznie ze wskazanych programów operacyjnych, gdyż doświadczenie zdobyte w tych projektach tj. o analogicznej skali wyzwania opracowań zarówno merytorycznych jak i formalno-prawnych pozwala mieć oczekiwania odnośnie do biegłości wykonawcy w przygotowaniu prawidłowej dokumentacji opisanej w tym postępowaniu. Wskazał również na różnicę pomiędzy zakresem działań, jakich wymaga uzyskanie dotacji, a działaniami i dokumentacją koniecznej do uzyskania wsparcia finansowego w ramach wymienionych programów UE.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do sposobu interpretacji opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, jakim wykonawcy mieli się wykazać. Rozbieżności wynikają z zapisu warunku w części odnoszącej się do projektów

„współfinansowanych ze środków publicznych, przez Unię Europejską w ramach jednego, dwóch lub więcej nw. Programów: Sektorowego Programu Operacyjnego Wzrostu konkurencyjności przedsiębiorstw, lata 2004-2006, Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004-2006, Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013, Programu Operacyjnego Rozwoju Polski Wschodniej 2007-2013, Regionalnych Programów Operacyjnych 2007-20013”.

Odwołujący dokonując wykładni literalnej opisanego fragmentu warunku uznał, iż zamawiający dopuścił możliwość wykazania się projektami finansowanymi z środków publicznych lub z środków Unii Europejskiej (w ramach projektu lub projektów). Zamawiający natomiast, interpretował ten warunek łącznie, odnosząc go do usług współfinansowanych ze środków publicznych, ale przez Unię Europejską i to wyłącznie ze wskazanych programów.

Skład orzekający stwierdził, iż opis warunku nie był kwestionowany przez wykonawców przed upływem terminu do złożenia wniosków, jak również nie było pytań kierowanych w tym zakresie do zamawiającego. Zatem, dopiero na etapie rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wyjaśnił, iż wartości brutto usług (1 mln oraz 500 tyś.) odnosi się do współfinansowania ze środków publicznych, ale przez Unię Europejską i to wyłącznie ze wskazanych programów operacyjnych.

W ocenie składu orzekającego nie można stawiać zarzutu, iż zamawiający dokonał nieuprawnionej modyfikacji siwz - opisu warunku określonego w ogłoszeniu. Zamawiający przedstawił sposób w jaki rozumiał opis warunku, co do którego brzmienia wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń. Zamawiający w sekcji III.2.3 ogłoszenia zamieścił warunek, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy min. „wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, polegające na sporządzeniu dokumentacji projektowej na potrzeby skompletowania umów na realizację projektów informatycznych, w tym w następujących zakresach: opracowanie studium wykonalności lub przygotowanie dokumentacji technicznej projektu lub pomocy merytorycznej (wsparcia technicznego) zamawiającego w fazie realizacyjnej projektu, współfinansowanych ze środków publicznych, przez Unię Europejską w ramach jednego, dwóch lub więcej nw. Programów: Sektorowego Programu Operacyjnego Wzrostu konkurencyjności przedsiębiorstw, lata 2004-2006, Zintegrowanego Programu Operacyjnego Rozwoju Regionalnego 2004-2006, Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013, Programu Operacyjnego Rozwoju Polski Wschodniej 2007-2013, Regionalnych Programów Operacyjnych 2007-20013, dla których do dnia wszczęcia

postępowania opisana została umowa o dofinansowaniu projektu. Wartość brutto jednej usługi nie może być mniejsza niż 1 000 000 PLN, drugiej nie mniejsza niż 5000 000 PLN”.

W ocenie składu orzekającego zastosowanie wyłącznie wykładni językowej opisanego warunku nie pozwalał w sposób jednoznaczny ustalić sposobu jego rozumienia. Sam odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie potwierdził, iż użycie przecinka w zdaniu złożonym z członów, nie przesądza tego, jaka między tymi częściami zdania zachodzi relacja logiczna, w szczególności, czy jest to znak pełniący funkcję taką jak „i”, czy taką jak „lub”. Tym samym przyznał, iż możliwe było potraktowanie poszczególnych części zdania, jako koniunkcji, lub jako alternatywy. Wykonawca założył za właściwe przyjęcie alternatywy, co pozwalało na łagodniejsze potraktowanie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wykonawca winien zwrócić się do zamawiającego na właściwym etapie o wyjaśnienie zapisu ogłoszenia, zanim dokonał własnej jego interpretacji. Izba uznała, iż w braku możliwości jednoznacznego ustalenia znaczenia warunku, konieczne było dokonanie jego interpretacji odwołując się do wykładni celowościowej, a więc temu czemu miał służyć tak postawiony warunek udziału w postępowaniu. Skoro przedmiot zamówienia dotyczy usługi realizowanej w ramach Projektu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, podlegającego dofinansowaniu z środków wspólnotowych, w ocenie Izby tak postawiony warunek doświadczenia nie może być interpretowany inaczej, niż przez łączne potraktowanie wymagania, aby projekty dotychczas wykonane były dofinansowane z środków publicznych pochodzących z Unii Europejskiej i to wyłącznie w ramach wskazanych programów operacyjnych. Zamawiający dopiero na tej podstawie byłby w stanie ustalić, iż wykonawcy posiadają niezbędne doświadczenie w wykonaniu zamówienia, obejmującym między innymi konieczność przygotowania niezbędnej dokumentacji o uzyskanie dofinansowania na realizację projektu. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z warunkiem określonym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, iż wykonawca niezależnie od sposobu interpretacji kwestionowanego opisu warunku, nie potwierdził wymaganego doświadczenia. Zamawiający ustalił minimalną wartość projektów, uznanych przez niego za odpowiadające wartości przedmiotowemu zamówieniu. Wartość jednego projektu nie mogła być mniejsza niż 1 000 000 PLN. Tymczasem we wniosku odwołującego projekt opiewający na wymaganą wartość nie był realizowany z środków publicznych, ale z środków własnych Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych (str. 4 wniosku). Żaden z pozostałych projektów nie posiadał wartości co najmniej 1 000 000 PLN. Zamawiający zwracał się do wykonawcy o uzupełnienie oferty w zakresie wspomnianej usługi realizowanej na rzecz PWPW, między innymi przez wskazanie numeru umowy o dofinansowanie projektu, dla którego opracowano dokumentację. Wykonawca nie uzupełnił tej informacji wyjaśniając jedynie, iż była ona

wykonywana w ramach prac finansowanych ze środków własnych PWPW. Zamawiający miała zatem podstawę do stwierdzenia, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż wykonawcy byli zobowiązani podać w wykazie numer umowy o dofinansowanie projektu dla którego opracowano dokumentację.

Odnosząc się natomiast do zarzutu braku w proteście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, skład orzekający stwierdził, iż odwołanie zostało poprzedzone w tym zakresie protestem. Pomimo, iż odwołujący w odwołaniu nie wskazał wyraźnie na konkretny przepis ustawy, to jednak nie budzi wątpliwości, iż wniósł on protest na czynność wykluczenia go z postępowania dokonanej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto, w treści odwołania konsorcjum wyraźnie zaznaczyło, iż uznanie przez zamawiającego, że nie wykazało ono wymaganego doświadczenia, rażąco narusza przepisy ustawy (strona 2 odwołania).

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości wynikającej z przedłożonego rachunku i ograniczonej do kwoty wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*