

Sygn. akt: KIO 1690/10

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek- Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 sierpnia 2010 r. przez **Collect Consulting Sp. z o.o., 40-555 Katowice, ul. Rolna 14** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Koszalin, 75-007 Koszalin, Rynek Staromiejski 6-7,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych POWIERNIK Sp. z o.o., ul. 4 Marca 38, 75-708 Koszalin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania **Collect Consulting Sp. z o.o.** oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. kosztami postępowania obciąża przystępującego **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych POWIERNIK Sp. z o.o., ul. 4 Marca 38, 75-708 Koszalin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Collect Consulting Sp. z o.o., 40-555 Katowice, ul. Rolna 14** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez Przystępującego **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych POWIERNIK Sp. z o.o., ul. 4 Marca 38, 75-708 Koszalin** na rzecz Odwołującego **Collect Consulting Sp. z o.o., 40-555 Katowice, ul. Rolna 14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Miasto Koszalin w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług konsultingowych (zarządzanie projektem) przy realizacji Projektu pn. „Termomodernizacja placówek oświatowych Gminy Miasto Koszalin” realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko”, wszczętego w wyniku ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lipca 2010 r. (poz. 177317), w dniu 9 sierpnia 2010 r. wykonawca Collect Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 sierpnia 2010 r.

O czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania wnoszący odwołanie powziął wiedzę z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazanej faksem w dniu 4 sierpnia 2010 r.

W odwołaniu odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, żądając unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Odwołujący zakwestionował sposób oceny spełnienia przez niego warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia określonego przez zamawiającego, jako świadczenie co najmniej 1 usługi konsultingowej o wartości minimum 100.000,00 zł. na rzecz projektu unijnego. Odwołujący wykazał się doświadczeniem zdobytym w trakcie świadczenia w okresie od 1 kwietnia 2006 do 30 maja 2008 r. usług doradczych na rzecz Śląskiego Centrum Społeczeństwa Informacyjnego w zakresie zarządzania realizacją projektu informatycznego z zakresu wdrażania systemu teleinformatycznego obejmującego swoim zasięgiem integrację systemów dla 54 niezależnych podmiotów. Odwołujący określił status projektu jako zrealizowanego i rozliczonego o wartości przekraczającej 500.000 zł. Zakres usług objętych umową dotyczył bieżącego doradztwa (w zakresie: organizacji projektu i sposobu jego funkcjonowania, wymogów związanych z wdrożeniem, wdrażania rozwiązań teleinformatycznych, identyfikacji obszarów problemowych i ryzykownych w implementacji projektu oraz zaplanowania środków zaradczych, organizacji Centrum Przetwarzania Danych), wsparcia zamawiającego w procedurze wyboru wykonawcy (opracowanie dokumentów wymaganych Prawem Zamówień Publicznych, zapewnienie wsparcia i pomocy w trakcie postępowania

przetargowego), wsparcia na etapie wykonawstwa i odbioru prac projektu (w zakresie kontroli procesu realizacji projektu, w zakresie kontroli jakości wykonania projektu co do zgodności z założeniami, dokumentacją techniczną i harmonogramem). W ocenie odwołującego, takie doświadczenie wystarczało do spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ogłoszeniu, jak również w kontekście wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w piśmie z dnia 9 lipca 2010 r. Odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył ponownie wykaz usług, wskazując dodatkową usługę konsultingową pn. „Program inwestycyjny rozwoju trakcji szynowej na lata 2008-2013” świadczoną na rzecz Tramwajów Śląskich S.A., która również potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zaprzeczył, jakoby z treści specyfikacji wynikało, aby usługa konsultingowa – nawet ta w zakresie zarządzania projektem unijnym – obejmowała konkretne czynności, w tym związane z rozliczeniem i sprawozdawczością środków unijnych zgodnie z instrukcjami instytucji współfinansujących. Zarządzanie projektem, na co wskazał odwołujący, nie obejmuje z samej definicji rozliczania i sprawozdawczości środków unijnych, a zatem skoro zamawiający nie wskazał wprost tych czynności w opisie sposobu oceny spełnienia warunku, nie stanowiły one podstawy do wykluczenia go z postępowania.

W dniu 9 sierpnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „Powiernik” Sp. z o.o. w Koszalinie, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przekazane do Krajowej Izby Odwoławczej faksem, potwierdzonym w piśmie doręczonym w dniu 13 sierpnia 2010 r., uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, w dniu 16 sierpnia 2010 r. wpłynął faksem do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. Do czasu otwarcia posiedzenia pismo do KIO nie wpłynęło, jednak stosowne oświadczenie o jego nadaniu w placówce pocztowej zostało złożone na posiedzeniu Izby przez pełnomocnika przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie do protokołu.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2

grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne jego rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy w związku ze sprzeciwem uczestnika postępowania odwoławczego - Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych „Powiernik” Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego pismem z dnia 12 sierpnia 2010r.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zamawiającemu zarzutów, było ustalenie, czy odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Spornym pomiędzy stronami – odwołującym oraz przystępującym do postępowania odwoławczego było ustalenie „treści warunku”, którego opis sposobu oceny został dokonany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z pkt 5 ppkt 2 lit a) siwz, zamawiający określił, iż uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie zawodowe, legitymując się świadczeniem w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzieleniu zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. świadczył co najmniej 1 usługę konsultingową o wartości minimum 100.000,00 zł na rzecz projektu unijnego. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 09.07.2010 r. na pytanie nr 1, z wykazu usług, który będzie załączony do oferty winno wynikać, że sprawowanie usługi Inżyniera Projektu wiązało się ze świadczeniem usług konsultingowych w zakresie zarządzania projektem unijnym. Odwołujący w wykazie załączonym do oferty wskazał na usługę doradczą w zakresie zarządzania realizacją projektu informatycznego pn.: System Elektronicznej Komunikacji Administracji Publicznej w Województwie Śląskim (SEKA)”, świadczoną w okresie 01.04.2006 – 30.05.2008, której wartość określił na kwotę powyżej 500 tys zł. Następnie, na wezwanie zamawiającego w uzupełnionym wykazie dodatkowo wskazał na usługę konsultingową świadczoną w ramach projektu „Program inwestycyjny rozwoju trakcji szynowej na lata 2008-2013”, w okresie 02.06.2008 – 04.09.2009, o wartości

powyżej 1 mln. zł. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów (pismo dnia 22.07.2010 r.) zamawiający wskazała, iż z wykazu usług załączonego do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, ponieważ wykazana usługa doradztwa technologicznego nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, obejmującemu również prowadzenie wszelkich działań związanych z rozliczeniem i sprawozdawczością środków unijnych zgodnie z instrukcjami instytucji współfinansujących. Dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający ponownie wskazał na okoliczności przywołane w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 04.08.2010r.).

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych Izba uznała, iż czynność wykluczenia odwołującego z postępowania dokonana została z naruszeniem sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający oceniał zakres czynności, jakie realizował ten wykonawca w ramach świadczenia usługi konsultingowej w zakresie zarządzania realizacją projektu. Zamawiający nie kwestionował wartości usługi, czy też przedmiotu projektu, w ramach którego wykonawca świadczył usługi doradcze. W toku oceny doświadczenia wskazanego w treści wykazu wykonanych usług (również po jego uzupełnieniu) zamawiający uznał wskazane usługi za niewystarczające, gdyż nie obejmowały one swoim zakresem czynności związanych z rozliczeniem i sprawozdawczością środków unijnych. W ocenie Izby, takie postępowanie świadczyło o zmianie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w toku oceny oferty odwołującego, co naruszało obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający był zobowiązany dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w oparciu o kryteria ustalone przez siebie, tj. poprzez potwierdzenie, czy co najmniej jedna ze wskazanych usług była usługą konsultingową w zakresie zarządzania projektem unijnym o wartości minimum 100.000,00 zł. Nie znalazło uznania w ocenie Izby stanowisko przystępującego dotyczące interpretacji warunku udziału w postępowaniu zaprezentowane na rozprawie, nadające odmienną treść w stosunku do brzmienia literalnego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Sposób wykładni warunku nie może prowadzić do zmiany jego treści, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt. XXIII 446/08), w którego ocenie postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w postępowaniu. Nie jest właściwe stosowanie innej wykładni wymogów zamawiającego niż

wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i siwz. W ocenie sądu o wymogach doświadczenia zawodowego nie decyduje przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż odwołujący wykazał się wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego, co potwierdzały dokumenty złożone przez niego już w samej ofercie, jak również nowe uzupełnione na wezwanie zamawiającego, a zatem nie zachodziła przesłanka do wykluczenia go z postępowania określona przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit b ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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, jako uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. - maksymalnej dopuszczonej treścią rozporządzenia, na podstawie faktury złożonej przez zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

.....