

Sygn. akt: KIO/UZP 904 /10

WYROK
z dnia 1 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Katarzyna Ronikier – Dolańska
Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Markonet Sp. z o. o., 02 – 925 Warszawa, ul. Okrężna 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 26.04.2010 r.

przy udziale wykonawcy **Integrit Sp. z o. o., 52 – 407 Wrocław, ul. Mokronosa 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Lumena S.A., 02 – 053 Warszawa, ul. Reja 6, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, Intertrading System Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny złożonych wniosków, ponowne dokonanie oceny wniosków połączone z wezwaniem do uzupełniania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw;

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr.(słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Markonet Sp. z o. o., 02 – 925 Warszawa, ul. Okrężna 56,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery zł zero gr.) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., 03 – 734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Markonet Sp. z o. o., 02 – 925 Warszawa, ul. Okrężna 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Markonet Sp. z o. o., 02 – 925 Warszawa, ul. Okrężna 56.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" na dostawę sprzętu komputerowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe SA.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 18 stycznia 2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 16 kwietnia 2010 roku Makronet Sp. z o.o., zwany dalej „Makronet”, „Protestującym” lub „Odwołującym”, otrzymał faksem informację o przyznaniu oceny poszczególnym wnioskom. Zamawiający powiadomił również, którzy wykonawcy i w jakiej części zamówienia zostaną zaproszeni do składania ofert. Makronet w zakresie zadania nr 1, 2 i 3 nie został zaproszony do składania ofert. W zakresie zadania nr 5 i 6 wykonawca został zaproszony do dalszego etapu postępowania tj. do składania ofert.

Makronet nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego wniósł w dniu 26 kwietnia 2010 roku, protest wobec czynności ww. czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W proteście zarzucał zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust 1 ustawy poprzez nie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2. błędna ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowanie i przyznanie mniejszej ilości punktów, powodującej, iż Protestujący nie zostanie zaproszony do składania ofert w części zamówienia nr 1, 2 i 3;
3. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez nie wezwanie do uzupełnienia nie załączonych do wniosku dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw;
4. naruszenie art. 51 ust. 2 ustawy poprzez spowodowanie, poprzez błędną ocenę wniosku, wykluczenia Makronet z przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 16 kwietnia 2010 roku polegającej błędnym przyznaniu punktów wykonawcy Makronet;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zaproszenie do składania ofert Protestującego również w części zamówienia nr 1, 2 i 3;
4. nakazanie Zamawiającemu ponowną ocenę wniosku złożonego przez Makronet także w części zamówienia nr 5 i 6, gdzie Zamawiający przyznał mniejszą ilość punktów, niż faktycznie wskazują na to załączone dokumenty.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podnosił, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenie w wykonywaniu kompleksowych systemów informatycznych, tj. usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Ze złożonego wykazu – zdaniem Zamawiającego – wynika bowiem, iż postawione wymagania spełniają dwie usługi zawarte w wykazie. Tak więc, wykaz potwierdza, iż Makronet spełnia warunki udziału w postępowaniu, przy czym ów dokument – wykaz – jest także dokumentem, w oparciu o który zostanie jednocześnie dokonana klasyfikacja wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert, ale tylko w liczbie określonej w ogłoszeniu, jak

również tylko ci wykonawcy, którzy otrzymają największą liczbę punktów za spełnienie postawionych warunków i wymogów.

Makronet do zadania 1, 2 i 3 w wykazie dostaw przedstawił dostawy na łączną kwotę netto ponad 457 029 012,29 zł. Niestety przyznana w tych zadaniach ilość punktów przez Zamawiającego to tylko 3024 punkty.

Zamawiający dlatego przyznał mniejszą ilość punktów, ponieważ do wykazu dostaw wykonawca, omyłkowo, nie dołączył kilku dokumentów potwierdzających należytego wykonanie. Są to referencje, w części zamówienia nr 1, 2, 3 – w pozycjach od 56 do 67. W opinii Makronet fakt taki, nie może jednak doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający nie uznał tych dostaw. Protestujący stwierdził, iż w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający mógł, w trybie art. 26 ust 3 ustawy wezwać Makronet do uzupełnienia wykazu.

Jeśli Zamawiający postąpiłby zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to Protestujący zdobywając 4570,29 punktów znalazłby się na pozycji 4, a więc zostałby zaproszony do składania ofert i miałby szansę nadal walczyć o zdobycie przedmiotowego zamówienia, ponieważ zgodnie z treścią ogłoszenia Zamawiający zaprasza tylko 5 Wykonawców do złożenia oferty.

Zaniechanie wezwania do uzupełnienia brakujących referencji jest istotnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, gdyż Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Protestujący otrzymał mniejszą liczbę punktów, a tym samym nie zostanie zaproszony do składania ofert w części zamówienia nr 1, 2 i 3.

Zgodnie z art. 51 ust 2 ustawy Pzp - Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Protestujący wskazywał także, iż części zamówienia nr 5 i 6 Zamawiający również bezpodstawnie nie uznał referencji w pozycji od 35 do 40, nie mniej jednak w tych częściach zamówienia protestujący otrzymał wystarczającą liczbę punktów i zakwalifikował się do pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. W opinii protestującego i w tych częściach zamówienia Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 maja 2010 roku Zamawiający oddalił powyższy protest w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 51 ust 1a ustawy Pzp „o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków Zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Zamawiający twierdzi, iż uczynił zadość powyższym wymaganiom, a ustawa nie nakłada na Zamawiającego żadnych innych obowiązków, w szczególności nie zobowiązuje do szczegółowego uzasadnienia otrzymanej oceny.

Zamawiający twierdzi, iż w analizowanej sprawie oceny zostały dokonane w oparciu o przedstawione dokumenty. Zamawiający stwierdza, iż ocena została dokonana zgodnie ze specyfikacją.

Według Zamawiającego, nie zostały zatem naruszone żadne przepisy ustawy, w szczególności art. 26 ust 3 ustawy. Zamawiający dodaje, że wniosek złożony przez Protestującego potwierdzał bowiem spełnianie warunku. Zamawiający twierdzi, że nie był zatem uprawniony do wzywania wykonawcy do uzupełnienia nie załączonych do wniosków dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Zamawiający wskazuje także, że nie wykluczył wykonawcy Makronet z postępowania, a jedynie nie zaprosił go do udziału w kolejnym jego etapie. Jednakże zgodnie z art. 51 ust 2 ustawy wykonawca nie zaproszony do postępowania jest traktowany jak wykluczony z postępowania, to według Zamawiającego nie oznacza, że jest z niego wykluczony.

W dniu 14 maja 2010 roku Makronet wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu w całości podtrzymał zarzuty oraz argumentację zawartą w proteście.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili: po stronie Zamawiającego wykonawca – Integrit sp. z o. o., 52 – 407 Wrocław, ul. Mokronosa 6, po stronie Odwołującego się -Konsorcjum: Lumena S.A., Comp S.A., Intertrading System Technology Sp. z o.o., Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. 02 – 053 Warszawa, ul. Reja 6.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz złożonych wniosków, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w pkt. III.2.3) określił, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, a w szczególności wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali należycie co najmniej

jedną dostawę odpowiadającą swoim przedmiotem dostawom będącym przedmiotem niniejszego postępowania, tj.

- dla zadania 1, 2 i 3 - dostawy polegające na dostarczeniu komputerów stacjonarnych o wartości co najmniej 100 000,00 zł netto w ramach jednej umowy (zamówienia).

Na potwierdzenie powyższego warunku Wykonawca przedstawić miał wykaz wykonanych dostaw z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

W pkt. VI.3) ogłoszenia Zamawiający podał, iż do składania ofert zostaną zaproszeni Wykonawcy w liczbie 5 (na każde zadanie), którzy w terminie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż 5 (w danym zadaniu), Zamawiający zaprosi do składania ofert (w danym zadaniu) wszystkich Wykonawców spełniających te warunki. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 (w danym zadaniu), Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 Wykonawców, którzy otrzymali pierwszych 5 najwyższych ocen spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie III.2.3) ogłoszenia „Zdolność techniczna”. Zamawiający oceniać będzie spełnienie warunku w ten sposób, że z przedstawionego przez Wykonawcę wykazu dostaw (dla danego zadania) potwierdzonego referencjami o należyтым wykonaniu tej dostawy, o wartości:

- dla zadania nr 1, 2 i 3 – dostawy o wartości minimum 100 000,00 zł netto komputerów stacjonarnych, zsumuje te dostawy i od całej wartości przyzna punkty, tj. za każde 100 000,00 zł netto – 1 pkt.

O miejscu w klasyfikacji (ocenie) spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie decydowała ilość otrzymanych punktów (dla każdego zadania).

Zawarty we wniosku Makronet Sp. z o.o. wykaz wykonanych dostaw w zakresie zadania 1, 2 i 3 zawiera 67 pozycji na łączną kwotę netto ponad 457 029 012,29 zł. Przyznana w tych zadaniach ilość punktów przez Zamawiającego to 3024 punkty. We wniosku brak referencji, w części zamówienia nr 1, 2, 3 – w pozycjach od 56 do 67 wykazu. We wniosku wykonawcy w zakresie zadania nr 5 i 6 brak jest referencji w pozycji od 35 do 40 wykazu.

Izba zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności podjął ustalenia, co do oceny interesu prawnego po stronie wykonawcy składającego odwołanie, warunkujące możliwość

rozpoznania zarzutów, uznając, że w tym przypadku została wypełniona przesłanka wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym sprawa została merytorycznie rozpoznana na rozprawie.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokumenty złożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny potwierdzać nie tylko spełnianie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, ale i postawionych przez niego wymagań w zakresie kwalifikacji wykonawców do dalszego etapu postępowania.

W myśl art. 25 ustawy Zamawiający może weryfikować nie tylko zdolność do wykonania zamówienia (poprzez ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu), ale i zgodność oferowanych przez wykonawcę usług z postawionymi wymaganiami. Zamawiający zweryfikował zdolność do wykonania zamówienia, jednoznacznie stwierdzając, iż Odwołujący spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu (powyższe potwierdzają jedna ze wskazanych dostaw). Jednocześnie nie przyznając punktów dostawom w zakresie: zadania 1,2,3 (wskazanym w wykazie w pozycjach od nr 56 do 67) oraz zadania 5 i 6 – (wskazanym w wykazie w pozycjach od 35 do 40) stwierdził, iż Odwołujący w zakresie powyższych dostaw nie potwierdził spełniania jego wymogów w zakresie zakwalifikowania do dalszego etapu postępowania, tym samym przedstawione na tę okoliczność dokumenty zawierają błędy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby w przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, nie wystarczy, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu. Poza ustaleniem, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać weryfikacji stopnia spełnienia przez tych wykonawców warunków podmiotowych, zgodnie z treścią ogłoszenia, tj. zgodnie z opisem sposobu przyznawania punktów w zakresie danego warunku (wymogi Zamawiającego). Każdy wykonawca, który spełnia warunek podmiotowy lepiej niż inny wykonawca, otrzymuje większą ilość punktów – odpowiednią do określonej w treści ogłoszenia i przedstawionymi przez wykonawcę dokumentami. Dlatego też niezwykle istotnym jest w takiej sytuacji, aby Zamawiający dokładnie wyjaśnił w odniesieniu do każdej pozycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, ale i wymogów

Zamawiającego, co do przyznawania punktacji za spełnienie warunków udziału, czy dostawa wskazana w danej pozycji istotnie spełnia bądź nie postawiony warunek i wymóg, zwłaszcza, że od tego jest uzależnione dalsze uczestnictwo w postępowaniu wykonawcy (zaproszenie do składania ofert). Zamawiający może tych wyjaśnień dokonywać na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (wyjaśnienia dokumentów), jak i ust. 3 przywołanego artykułu ustawy (uzupełnienie dokumentów) w zależności od potrzeby w danym przypadku i stanie faktycznym (KIO/UZP 1503/08).

Ustawa nie przesądza, w przypadku postępowań wieloetapowych, konkretnego momentu postępowania, w którym należy wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający musi dokonać tych czynności na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtedy też następuje ewentualne wystąpienie o uzupełnienie stwierdzonych przez Zamawiającego braków w dokumencie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający winien, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać Odwołującego do uzupełnienia referencji dostaw wymienionych w wykazie, który został załączony do wniosku. Dokumenty te należy bowiem potraktować jako dokumenty, o którym stanowi § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), czyli dokumenty, których Zamawiający może żądać od wykonawcy. Brak złożenia tych dokumentu w wyniku wezwania do uzupełnienia lub błędne ich złożenie w konsekwencji nie stanowi jednak o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ te potwierdza jedna wykazywana dostawa. Tym samym nieuzupełnienie dokumentu nie może spowodować wykluczenia Odwołującego z postępowania. Samo wezwanie do uzupełnienia referencji nie powoduje naruszenia przepisów ustaw i Zamawiający mógł to uczynić – pod warunkiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdza, że zarzut podniesiony przez Odwołującego potwierdził się. W przedmiotowej sytuacji zasadnym jest aby Zamawiający w zakresie zadania nr 1,2,3 jak również zadania nr 5 i 6 zwrócił się o uzupełnienia wskazanych dokumentów do Odwołującego się. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny złożonych wniosków, ponowne dokonanie oceny wniosków połączone z wezwaniem do uzupełniania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 3.600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 ze 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:

.....

.....