

Sygn. akt KIO 1630/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECORYS Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. PBS DGA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- **Pentor Research International S.A., ul. Postępu 18B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **SMG/KRC Poland Media S.A., ul. Nowoursynowska 154A, 02-797 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. PSDB Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. WYG international Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECORYS Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. PBS DGA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ECORYS Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. PBS DGA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu 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 **Warszawie**.

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1630/10)

Zamawiający, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Nowe podejście do zamówień publicznych - projekt badawczy” (zamówienie podzielone na części).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 22.07.2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECORYS Polska Sp. z o.o. i PBS DGA Sp. z o.o. (zwanym dalej Konsorcjum) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (w zakresie części I zamówienia).

W uzasadnieniu wykluczenia Konsorcjum podniesiono, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku minimalnego doświadczenia zawodowego opisanego w § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz. Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu byli zobowiązani przedstawić wykaz zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W związku z faktem, że Konsorcjum nie przedstawiło w wykazie informacji nt. liczby podmiotów należących do sektora MŚP objętych badaniem w dniu 21.06.2010 r. zostali wezwani w trybie art. 26 ust. 2 ustawy do uzupełnienia wykazu. Z treści uzupełnionego wykazu nadal nie wynika, iż badania były prowadzone na przedsiębiorcach należących do sektora MŚP. Tym samym Konsorcjum nie udowodniło, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 02.08.2010 Konsorcjum wniosło odwołanie wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1, art. 24 ust 2 pkt 4, art. 26 ust. 4 oraz w konsekwencji art. 7 ust 3 ustawy, domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie części I zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., że w nagłówku tabeli załącznika nr 3 (wykazie zrealizowanych usług) załączonego do oferty Konsorcjum zawarto zapis iż badanie dotyczy małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), zaś w pozycji 1 oraz pozycji 3 wskazano liczbę tych podmiotów. Ponadto, biorąc pod uwagę strukturę przedsiębiorstw w Polsce (MSP stanowią 99,86% wszystkich przedsiębiorstw – na dowód czego powołano dane Głównego

Urzędu Statystycznego), nie jest możliwe, aby w zbadanych próbach przedsiębiorstw, nie było 800 MSP. Nie jest więc zasadne twierdzenie, iż z treści wykazu nie wynika, że badania były prowadzone na przedsiębiorcach z sektora MSP.

W żadnym razie nie można stwierdzić, że odwołujący podlega wykluczeniu. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i ukształtowanym jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, zamawiający, gdy powziął wątpliwości, winien był skorzystać z regulacji art. 26 ust 4 ustawy. Nie uczyniwszy tego - wykluczył odwołującego pomimo prawidłowego potwierdzenia spełniania warunków.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną w dniu 06.08.2010 r. przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdz. 1.3 „Definicje najważniejszych pojęć używanych w siwz”, na str. 5 siwz, tiret trzecie, wskazano:

„Małe i średnie przedsiębiorstwa (MSP) – zgodnie z Załącznikiem 1 Definicja małych i przedsiębiorstw do Rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2009, uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych).

Zgodnie z § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich trzech lat przed datą złożenia ofert wykonali co najmniej 3 badania społeczno-ekonomiczne, w tym przynajmniej dwa badania zostały zrealizowane metodami ilościowymi na reprezentatywnej grupie respondentów (przynajmniej 800 podmiotów) pochodzących z sektora MSP w Polsce i których wartość wynosiła co najmniej 100 000 zł brutto za każde badanie.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zgodnie z z § 5a ust 3 pkt 4 siwz wykonawcy winni złożyć wykaz wykonanych usług, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, sporządzony wg wzoru załączonego do siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Wzór ww. załącznika (zał. nr 3, o którym mowa w § 18 ust. 1 lit c siwz) sporządzono w kształcie tabeli, której nagłówek otrzymał brzmienie: „Wykaz wykonanych podobnych zamówień a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych”

Wraz z ofertą (str. 27) Konsorcjum przedstawiło wykaz usług (załącznik nr 3) wykonanych przez PBS DGA, w którego nagłówku wskazano, iż są to usługi polegające na wykonaniu badań ilościowych na reprezentatywnej grupie respondentów obejmującej, dla każdego

badania, przynajmniej 800 podmiotów z sektora MSP w Polsce – dotyczy potwierdzenia spełniania warunków opisanych w § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz.

W pozycji 1 tabeli wykazano badanie, odnośnie którego załączono do oferty dokumenty potwierdzające jego należyte wykonanie (str. 32 – oświadczenie PTK Centertel Sp. z o.o.), z których wynikało, że przebadano 3264 przedsiębiorstw – próba losowa ogólnopolska.

W poz. 3 tabeli wykazano badanie odnośnie którego załączono do oferty dokumenty potwierdzające jego należyte wykonanie (str. 30 – oświadczenie TP S.A.), z których wynikało, że przebadana została ogólnopolska losowa próba 1049 przedsiębiorstw o zatrudnieniu 0-9 osób.

Pozycja nr 2 tabeli wykazu nie dotyczyła badania ilościowego – było to badanie zbędne dla wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 21 czerwca 2010 roku, zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia ww. wykazu stwierdzając:

W wykazie wykonanych usług - str. 27 oferty wykonawca w opisie badań nr 1 oraz nr 3 nie zawarł informacji w każdej z prób badawczych znalazło się co najmniej 800 podmiotów z sektora MSP, w każdym z badań.

W związku z czym zażądano uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku:

- poprzez podanie informacji czy w próbach, które użyto we wskazanych badaniach, znalazło się co najmniej 800 podmiotów sektora MSP w każdym z badań, lub
- poprzez wskazanie innych badań zrealizowanych metodami ilościowymi na reprezentatywnej grupie respondentów (przynajmniej 800 podmiotów) pochodzących z sektora MSP w Polsce i których wartość wynosiła co najmniej 100 000 zł brutto za każde badanie, oraz przedstawienie dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 25.06.2010, odwołujący w piśmie przewodnim oraz w przesłanej nowej tabeli wykazu (zał. nr 3), podał liczby przebadanych firm w ramach badań wykazywanych w poz. 1 i 3 wykazu. Do kwestii czy przebadane podmioty należały do sektora MSP dodatkowo się nie odniósł.

Nagłówek tabeli oraz badania wykazywane w tabeli pierwotnie pozostały niezmiennione.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. (Warunki dotyczące tego typu właściwości wykonawcy zamawiający postawił m.in. w cytowanym wyżej § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz, których zarzucono brak wykazania stał się podstawą wykluczenia odwołującego w części I postępowania o udzielenie zamówienia).

Następnie, zgodnie z adekwatnymi przepisami ustawy (art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 1), a także § 1 ust. 1 pkt 3 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, zamawiający może żądać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożenia wykazu dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Stanowiący podstawę wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania (w części I zamówienia) przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle przywołanych przepisów wykazanie spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia odbywa się na podstawie dokumentów wytworzonych przez samego wykonawcę (oprócz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac), mających właściwie charakter jego oświadczenia na temat rzeczywistości, zawierającego informacje wymagane przez zamawiającego. Tym samym wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy „wykazanie spełniania warunków” w zestawieniu z formalnie ograniczonym ww. przepisami zasobem środków do ich wykazania nie może być utożsamiane z dowodzeniem w pełnym znaczeniu tego terminu, tzn. wykazywaniem prawdziwości faktów dowodzonych. Jak wskazano, dla wyłączenia możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, wystarczające jest tu przedstawienie żądanych przez zamawiającego dokumentów oraz podanie w nich informacji odnoszących się do postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe oczywiście nie przekreśla i nie wyłącza elementu prawdy materialnej przy potwierdzaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca winien nie tylko prawidłowo, tzn. w sposób zgodny z wymaganiami ustawy i żądaniami siwz powyższe oddać i przedstawić (wykazać), ale również, co do zasady, powinien posługiwać się i podawać w tym zakresie informacje wyłącznie prawdziwe. Powyższy wymóg sankcjonowany jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W celu zastosowania ww. przesłanki wykluczenia, fakt podania nieprawdziwych informacji winien być jednak pewny (możliwy do udowodnienia).

Tymczasem zarówno w trakcie oceny ofert, jak również w ramach postępowania odwoławczego zamawiający ani przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego nie udowodnili, że Konsorcjum podało w przedłożonym wykazie usług informacje nieodpowiadające prawdzie, np. przez wprowadzające w błąd przedstawienie jako odpowiadających wymaganiom zamawiającego usług, które w rzeczywistości posiadały charakterystykę odmienną. Natomiast zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z dyspozycji art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 Pzp, to na podmiotach wywodzących skutki prawne w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy ciążył będzie obowiązek udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę tego typu czynności. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że wszystkie przebadane podmioty przebadane w ramach realizacji wskazanych w poz. 1 i 3 ww. wykazu należały do sektora MŚP, natomiast jego przeciwnicy procesowi ograniczali się tu do przedstawiania swoich wątpliwości, co do rzeczywistego zakresu i próby badań, podnosząc (Pentor Research International S.A.), że gdyby wskazane badania spełniały wymagania zamawiającego odwołujący mógłby to z łatwością udowodnić – dowodów pozwalających sfalsyfikować oświadczenie odwołującego zaś nie przedstawiono.

Zamawiający jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał więc niewłaściwy i niedostateczny sposób wykazania przez wykonawcę, iż warunki udziału w postępowaniu spełnia – brak informacji, że przedstawione w ramach potwierdzenia spełniania warunku zrealizowane badania dotyczyły podmiotów z sektora MŚP. Również tego typu „formalną” podstawę wykluczenia wykonawcy Izba uznała za chybioną, jako nie znajdującą oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle dokumentów załączonych do oferty przyjąć należało, że wykonawca w sposób wystarczający wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do przebadania minimalnej ilości firm z sektora MŚP (800).

Mianowicie nagłówek tabeli wykazu wyraźnie stwierdza się, że podane badania dotyczą podmiotów z sektora MŚP – nawet gdy deklaracja w sposób chybiony odnosi się do badania wskazanego w pozycji nr 2 wykazu, która jest tu zbędna i nie dotyczy potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz, nie przekreśla to, iż prawidłowo odnosi się do pozostałych dwóch badań, które ww. warunku dotyczą.

Ponadto informacje nt. rodzaju próby i ilości przebadanych podmiotów przesądzające powiązaniu badań z sektorem MŚP zawarte są w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie badań przedstawionych wraz z wykazem, z którym winny być rozpatrywane, co do zakresu wynikających z nich informacji, łącznie. Odnośnie badania nr 3 jego odbiorca potwierdził, że przebadana została ogólnopolska losowa próba 1049 przedsiębiorstw o zatrudnieniu 0-9 osób, co nie pozostawia żadnych wątpliwości, co do charakteru próby przebadanej. Natomiast w przypadku badania z poz. 1 tabeli jego odbiorca potwierdził, że dotyczyło 3264 przedsiębiorstw – próba losowa ogólnopolska. Biorąc pod uwagę niekwestionowane przez uczestników postępowania dane, iż wśród zarejestrowanych podmiotów gospodarki narodowej ponad 99% należy do sektora MŚP – prawdopodobieństwo, iż w

losowej próbie 3264 przedsiębiorstw nie wystąpi co najmniej 800 przedsiębiorstw tego typu nie warto jest nawet innego niż matematyczne rozpatrywania.

Ostatnią kwestią wymagającą klaryfikacji w celu uzasadnienia stanowiska Izby w przedmiocie oceny wykazania przez odwołującego spełniania powoływanego warunku udziału w postępowaniu jest ustalenie jego normatywnego znaczenia w świetle podniesionego na rozprawie twierdzenia zamawiającego, iż poprzez stosowne definicje zawarte w siwz ograniczono możliwość wykazania warunku jedynie do badań małych i średnich przedsiębiorstw z wyłączeniem tzw. mikroprzedsiębiorstw. W pierwszej kolejności, poza przyjmowanym prymatem wykładni literalnej, jako naczelną dyrektywę interpretacji warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego, przyjąć należy postulat nieograniczania konkurencji przez ich zbyt wąskie odczytanie (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz ich związek w przedmiocie zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp) – w przypadku warunku doświadczenia należy przyjąć doświadczenie, które może posłużyć zabezpieczeniu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Twierdzenie zamawiającego, iż sformułowany przezeń warunek udziału w postępowaniu odnosił się li tylko do ograniczonego kręgu przedsiębiorstw z kategorii MŚP w związku z definicją zawartą na stronie 5 siwz jest w świetle ww. postulatów interpretacyjnych nie do utrzymania.

Po pierwsze trudno ww. postanowienia siwz uznać za jakąkolwiek dokładną definicję, co najwyżej odesłanie do definicji zawartych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (WE) 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. zatytułowanym „Definicja małych i średnich przedsiębiorstw”. Występują tam różnorakie definicje: zarówno całej kategorii „małych i średnich przedsiębiorstw” (MŚP) – na co wskazuje sam tytuł załącznika – jak i jej poszczególnych składowych, czyli mikroprzedsiębiorstw i małych przedsiębiorstw (art. 2 ust. 1-3). W świetle ww. postanowień rozporządzenia mikroprzedsiębiorstwa zaliczane są do kategorii MŚP (art. 2 ust. 1 in initio oraz art. 2 ust. 3 załącznika). Tym samym trudno ww. odesłania zamawiającego potraktować jako jednoznaczne ograniczenie posiadającego definicję legalną skrótu jedynie do małych i średnich przedsiębiorstw z wyłączeniem mikroprzedsiębiorstw.

Dodatkowo zamawiający w treści siwz bynajmniej nie posługuje się konsekwentnie tylko samym skrótem „MSP”, ale często stosuje go w związku frazeologicznym „sektor MŚP” (np. w § 5a ust 1 pkt 2 lit. a siwz) wprowadzając dodatkową niejasność terminologiczną w tym zakresie.

Ponadto nie zostało wykazane w jaki sposób tego typu ograniczenie interpretacyjne warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie miałyby mieć związek z przedmiotem zamówienia oraz zabezpieczać zamawiającemu jego prawidłową realizację.

Reasumując, po rozpatrzeniu sprawy Izba nie znalazła ustawowych przesłanek do wykluczenia odwołującego z powodów wskazanych przez zamawiającego w informacji o wynikach postępowania i tym samym potwierdziła naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy podanego jako podstawa wykluczenia wykonawcy. Zasadne stało się zatem nakazanie przywrócenia wykonawcy do postępowania o udzielenie zamówienia (siłą rzeczy – w związku z zakresem odwołania dotyczącego cz. I – niniejszy wyrok dotyczy tej części zamówienia)

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądzając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie faktury przedstawionej do akt sprawy.

.....