

Sygn. akt KIO/UZP 86/08

WYROK
z dnia 18 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Społem" Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach, Siedlce, ul. Władysława Jagiełły 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 3090, Warszawa, ul. Marsa 110** protestu z dnia 11.01.2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na część 1 i 2 zamówienia oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru ofert na część 1 i 2 zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Wojskową 3090, Warszawa, ul. Marsa 110** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **"Społem" Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach, Siedlce, ul. Władysława Jagiełły 10.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5284 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Jednostkę Wojskową 3090, Warszawa, ul. Marsa 110** na rzecz **"Społem" Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach, Siedlce, ul. Władysława Jagiełły 10.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"Społem" Powszechna Spółdzielnia Spożywców w Siedlcach, Siedlce, ul. Władysława Jagiełły 10.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o zawarcie umowy ramowej na dostawę pieczywa, wyrobów półcukierniczych i cukierniczych, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (Dz. Urz. UE 2007/S 218 – 265653), w dniu 15.01.2008 r. został wniesiony protest przez „Społem” Powszechną Spółdzielnię Spożywców z Siedlec. Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 8.01.2008 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania za podanie nieprawdziwych informacji. w zakresie warunków udziału - zdolności do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Jednostce Wojskowej Nr 3090 z Warszawy naruszenie art. 2 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 51 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) przez błędne przyjęcie, że wykazane dostawy Odwołującego do własnych sklepów nie mogą być uznane za spełnienie warunku posiadania niezbędnej wiedzy, doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Ponadto naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Eugeniusza Onysk - Piekarnia Ciastkarnia z Łukowa, mimo że nie złożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw na rzecz Kaufland Polska Markety Sp. z o.o. we Wrocławiu. Podniósł również, że po złożeniu ofert, brak było podstaw prawnych do wykluczenia go z przetargu ograniczonego.

W rozstrzygnięciu protestu, doręczonym w dniu 21.01.2008 r. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję, co do podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, stwierdzając jednocześnie, że konkurencyjny wykonawca Eugeniusz Onysk złożył prawidłowe referencje, przy czym w ocenie kierował się domniemaniem dobrej wiary, stosownie do art. 7 k.c..

W odwołaniu wniesionym w dniu 25.01.2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Eugeniusza Onysk z postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, zarówno w części pierwszej jak i drugiej zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, wniosków Odwołującego oraz Eugeniusza Onysk o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Postępowanie o zawarcie umowy ramowej, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Podanym w ogłoszeniu o zamówieniu warunkiem udziału w postępowaniu było między innymi wykonanie przynajmniej dwóch dostaw, których wartość jest nie mniejsza niż 750 000,00 zł. brutto dla zadania nr 1 i 880 000,00 zł. brutto dla zadania nr 2. Na potwierdzenie spełnienia wymienionego warunku należało przedstawić wykaz dostaw, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców według wzoru do ogłoszenia oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu. Zamawiający dokonał weryfikacji wszystkich trzech złożonych wniosków, biorąc pod uwagę ustalone warunki i sposób oceny ich spełnienia (załącznik ZP – 16 do protokołu postępowania). Pismem z dnia 3.12.2007 r. poinformował wykonawców, w tym Odwołującego o przyznanej punktacji za spełnienie warunków oraz przesłał specyfikację istotnych warunków zamówienia i zaprosił do składania ofert, w wyznaczonym terminie do 14.12.2007 r.

W trakcie postępowania dotyczącego wyboru ofert, Wykonawca Eugeniusz Onysk w dniu 15.12.2007 r. przesłał do Zamawiającego pismo, w którym zarzucił, że Odwołujący powinien zostać wykluczony, gdyż złożył nieprawdziwe informacje. Mianowicie zawarł w wykazie dostaw, zaopatrzenie w wyroby piekarnicze sieci własnych sklepów, co nie mieści się w definicji dostaw, określonej art. 605 k.c. Swoje stanowisko udokumentował fotografiami sklepów oznaczonych logo „Społem” i paragonami fiskalnymi z numerem NIP.

Odwołujący zgodnie z wezwaniem, pismem z dnia 28.12.2007 r. złożył wyjaśnienia na zadane pytania, w których potwierdził, że w swoim wykazie zamieścił dostawy do własnych sklepów, co uważa za właściwe w oparciu o definicję dostawy jaką zawiera art. 2 pkt 2 Pzp. Skład orzekający Krajowej izby Odwoławczej podzielił argumentację Odwołującego, że przetarg ograniczony składa się z dwóch odrębnych faz. Pierwszej, w ramach której wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na tym etapie Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału, o wynikach powiadamia wykonawców. Stosownie do postanowień art. 51 ust. 2 Pzp wykonawcę niezaproszonego do składania ofert, traktuje się jak wykluczonego. Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty, zatem Zamawiający jednoznacznie dał wyraz swojej ocenie, że dany Wykonawca spełnił warunki udziału w przetargu, podane w ogłoszeniu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, przekazywana wraz zaproszeniem nie zawiera opisu warunków udziału, gdyż Zamawiający na etapie oceny ofert, co do zasady nie może wracać do weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

O otrzymanej punktacji i wykonawcach zaproszonych do składania ofert. Wykonawca Eugeniusz Onysk powziął wiadomość z pisma Zamawiającego z dnia 3.12.2007 r. Zawartość

dokumentacji wniosku Odwołującego, stosownie do art. 96 ust. 3 Pzp była jawna od momentu jego złożenia, zatem Wykonawca Eugeniusz Onysk mógł i powinien wnieść protest na zaproszenie Odwołującego do składania ofert, skoro uważał że zachodzą ku temu uzasadnione podstawy. Informowanie Zamawiającego o ewentualnych brakach we wnioskach czy ofertach konkurencyjnych, poza formalną procedurą protestów i dokonywanie na tej podstawie dyskrecjonalnych ustaleń przez Zamawiającego, narusza zasady równego traktowania wykonawców, jawności postępowania, zasady rozpatrywania wszelkich zarzutów w otwartej i przejrzystej procedurze korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto stanowi obchodzenie przepisów o terminach wniesienia protestu, przy uwzględnieniu, że tego rodzaju interwencja spowodowała taki sam skutek jak uznanie protestu.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp może się wprawdzie zaktualizować na każdym etapie postępowania, ale jedynie w przypadku ujawnienia nowych faktów, jednoznacznie potwierdzających nieprawdziwość złożonych informacji.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, nie ujawniły się po złożeniu oferty przez Odwołującego, żadne nowe okoliczności, z których Zamawiający mógłby wywodzić twierdzenia, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Dane na temat odbiorców wyrobów Odwołującego i wielkości dostaw zostały podane rzetelnie i nie są kwestionowane. Spór w istocie dotyczy odmiennej oceny charakteru prawnego owych dostaw, w oparciu o zlecone przez Zamawiającego opinie prawne, co nie może stanowić podstawy zarzutu podania nieprawdziwych informacji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nietrafne stanowisko Zamawiającego, że ustawa Prawo zamówień publicznych, w przypadku określenia „dostawy” posługuje się definicją art. 605 k.c. W tym zakresie ustawa Pzp zawiera uregulowania autonomiczne zawarte w art. 2 pkt 2, które stanowią, że przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu, a określenie umowa, odnosi się do umów w sprawie zamówień publicznych.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz.605), mówiąc w par. 1 ust 2 pkt 2 o wykazie wykonanych dostaw, odnosi się do powyższej definicji, która nie ma charakteru zamkniętego. Rozporządzenie nie definiuje, że mogą być wykazywane jedynie dostawy na rzecz określonego kręgu odbiorców, ani nie wyłącza odbiorców powiązanych z wykonawcą. Zamawiający zgodnie z zasadą równego traktowania podmiotów i uczciwej konkurencji nie może w jakikolwiek sposób dyskryminować podmiotów ubiegających się o udzielenie

zamówienia publicznego, a więc ze względu na ich formę organizacyjno prawną, lub strukturę własnościową.

Należy mieć na uwadze, że wykaz dostaw, wraz z potwierdzeniem ich należytej realizacji jest składany w celu wykazania, stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 2 posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Niewątpliwie Odwołujący ujmuje w wykazie (między innymi) dostawy zrealizowane do sieci własnych sklepów PSS „Społem,” działających na ograniczonym rozrachunku gospodarczym, mających odrębnie ustalany wynik ekonomiczny oraz pełną swobodę wyboru dostawców, udokumentował swoją zdolność do wywiązania się z umowy, na zakres obydwu części zamówienia, w przypadku gdy takie zamówienie zostanie udzielone w oparciu o zawartą umowę ramową.

Odwołujący nie może być gorzej traktowany, ze względu na swoistą strukturę organizacyjną i gospodarczą, w której funkcjonuje niż wykonawcy, którzy zrealizowali porównywalne wielkości dostaw na rzecz podmiotów prawnie odrębnych, gdyż narusza to zasady uczciwej konkurencji. Nie można bowiem, przy założeniach przyjętych przez Zamawiającego mówić o równym dostępie wszystkich wykonawców do rynku i zapewnienia im wolnej konkurencji. Różnicowanie takich samych rodzajowo stanów faktycznych i przypisywanie im odmiennych skutków prawnych w odniesieniu poszczególnych wykonawców, jest naruszeniem zasady równości i uczciwej konkurencji.

Zamawiający tak samo jak w odniesieniu do wybranego wykonawcy, winien potraktować referencje kierowników sklepów (których wynagrodzenie zależy od wielkości obrotów), złożone przez Odwołującego z domniemaniem, iż są rzetelne. Dodatkową gwarancją w tym zakresie, stanowi zagrożenie sankcją karną na podstawie art. 297 k.k., przewidzianą dla tego, kto w celu uzyskania zamówienia publicznego składa poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia.

KIO nie uwzględniła przedstawionych opinii Kancelarii Prawnych, jako biegłych co do prawa, traktując wyrażone w nich poglądy jako stanowisko Zamawiającego.

Materiał dowodowy sprawy oraz poczynione wyżej ustalenia, potwierdzają zatem zasadność zarzutów stawianych Zamawiającemu, naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 10, art. 51 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie znajduje uzasadnienia w oparciu o wskazane w niej podstawy faktyczne i prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów Odwołującego przeciwko ofercie złożonej przez przedsiębiorcę Eugeniusza Onysk z Łukowa. Z analogicznych przyczyn przytoczonych wyżej, uznała, że zarzuty Odwołującego przeciwko ofercie konkurencyjnej są spóźnione, gdyż mogły być skutecznie podniesione w proteście na czynność

Zamawiającego zakwalifikowania tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu i zaproszenia do składania ofert, o czym Odwołujący został powiadomiony w dniu 3.12.2007 r. Zarazem jednak badając zarzut nierównego traktowanie wykonawców, odnotowała fakt, że Zamawiający nie zakwestionował referencji udzielonych przez Kaufland Polska Markety Sp. z o.o. we Wrocławiu przez osobę nieustaloną, nie figurującą w KRS tej Spółki nr 95572, przyjął oświadczenie własne wykonawcy o dostawach na rzecz Leader Price i ich wielości.

Nie uwzględnienie zarzutów przeciwko ofercie Eugeniusz Onysk nie pozbawia Odwołującego interesu prawnego przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż postępowanie dotyczy zawarcia umowy ramowej z trzema wykonawcami.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji.

Na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołanie, nakazała unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazała powtórzenie czynności wyboru ofert.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa prawnego przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 1220 zł w oparciu o przedłożony rachunek na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołań 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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*