

Sygn. akt: KIO 1703/14

WYROK

z dnia 1 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **SAMAXON Sp. z o.o., ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Lecznictwa Ambulatoryjnego, ul. Piłsudskiego 80, 42-400 Zawiercie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wykonawcy **SAMAXON Sp. z o.o., ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Lecznictwa Ambulatoryjnego, ul. Piłsudskiego 80, 42-400 Zawiercie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SAMAXON Sp. z o.o., ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Lecznictwa Ambulatoryjnego, ul. Piłsudskiego 80, 42-400 Zawiercie** na rzecz **SAMAXON Sp. z o.o., ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów** kwotę **11 134 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 czerwca 2014 r. pod numerem 136295-2014.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą cenowo.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że na potwierdzenie realizacji dostawy wskazanej w pozycji nr 1 (dostawy realizowanej dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej) przedstawił przekazany przez podmiot trzeci protokół odbioru datowany na dzień 20 września 2012 r. Protokół ten nosi nazwę „protokół końcowy”, dodatkowo posiada on zapisy, iż towar został dostarczony do dnia 20 września 2012 r., natomiast po sprawdzeniu i uruchomieniu sprzętu protokół został podpisany. Powyższe oraz brak jakichkolwiek innych uwag jednoznacznie wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż sprzęt dostarczony został zgodnie z umową, natomiast same podpisy złożone zostały dopiero po sprawdzeniu i instalacji całego sprzętu dostarczonego przez podmiot trzeci. Dodatkowo, Odwołujący podał, że z informacji uzyskanych od przedstawiciela podmiotu trzeciego (pełnomocnika - K. W.) wynika, iż firma Senetic minimum dwukrotnie występowała do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z prośbą o wystawienie potwierdzenia należytego wykonania dostawy, jednak na pisma te nie otrzymywano żadnej odpowiedzi (korespondencja mailowa z dnia 18 sierpnia 2014 r.).

Odwołujący zwrócił również uwagę na treść § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XI pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ za spełniających warunek udziału w postępowaniu, „Zamawiający uzna Wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują co najmniej dwie dostawy sprzętu komputerowego o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł przedstawiając dowody potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie dostaw.” Wzór Wykazu dostaw stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.

Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Z oświadczenia Odwołującego złożonego wraz z ofertą (str. 42) wynikało, że w tym zakresie będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 7 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „do uzupełnienia oferty o pisemne zobowiązanie wskazujące zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego oddającego do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.” Zamawiający wskazał, że przedmiotowe wezwanie ma związek z informacją, że Odwołujący korzystać będzie z zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego (podwykonawcy) i nie złożył zobowiązania a jedynie rzeczoną informację. Nadto, Zamawiający wezwał „do złożenia oświadczenia i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 7 lipca 2014 r.) Odwołujący przedłożył Wykaz wykonanych dostaw, w którym wskazał m.in. na dostawę referencyjną zrealizowaną na rzecz Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej o wartości powyżej 870.000,00 zł brutto, wskazując datę realizacji 20 września 2014 r. (poz. 1). W celu potwierdzenia należytego wykonania przedmiotowego zamówienia Odwołujący przedstawił Protokół końcowy nr 1 z dnia 20 września 2012 r. sporządzony w Katowicach, w którym wyspecyfikowano poszczególne elementy dostawy, podając ilość zamówioną i dostarczoną oraz cenę netto. Z protokołu wynika, że sprzęt był dostarczany do Warszawy i Krakowa, protokół został podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego w dniu 21 listopada 2014 r. (Kraków) oraz w dniu 27 listopada 2014 r. (Warszawa). Jednocześnie w rzeczonym Protokole w polu przeznaczonym na uwagi/wnioski Przedstawicieli znajduje się adnotacja: „Towar został dostarczony do 20.09.2012 r. Po sprawdzeniu i uruchomieniu sprzętu protokół został podpisany”.

Pismem z dnia 11 lipca 2014 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego „do wyjaśnienia treści złożonej oferty, a mianowicie o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy pkt 1 wykazu wykonanych dostaw z dnia 04.07.2014 r. a załączonym protokołem końcowym nr 1 z dnia 20.09.2012 r., który nie zawiera wyliczenia wartości łącznej zrealizowanego zamówienia.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 11 lipca 2014 r.) Odwołujący podał, że wskazane ceny netto są cenami jednostkowymi. Przedłożył również oświadczenie Senetic S.A., kierowane do Zamawiającego, z którego wynika, że referencyjna dostawa opiewała na kwotę 708.000,00 zł netto (870.840,00 zł brutto), a podane ceny netto w protokole końcowym są cenami jednostkowymi. Nadto, przedstawił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Pismem z dnia 16 lipca 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, w trybie § 1 ust. 5 powoływanego rozporządzenia, z wnioskiem o udzielenie informacji, czy firma Senetic S.A. wykonała na ich rzecz dostawę sprzętu komputerowego, a w razie pozytywnej odpowiedzi, w jakim okresie dostawa była realizowana (data realizacji: terminy rozpoczęcia i zakończenia), jaki był jej przedmiot, wartość oraz czy zamówienie zostało wykonane należycie. Zamawiający wyjaśnił, że Protokół końcowy potwierdzający realizację dostawy dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej nie zwiera wszystkich elementów, o których mowa w powołanym rozporządzeniu, co budzi wątpliwości Zamawiającego co do należytego wykonania umowy.

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej nie udzieliła odpowiedzi pisemnej.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego w dalszym ciągu nie wie, w jakim terminie podmiot trzeci realizował referencyjne zamówienie i czy dostawy były wykonane należycie. Zamawiający zwrócił uwagę, że z Wykazu dostaw wynika, że dostawa została zrealizowana w dniu 20 września 2014 r., załączony Protokół końcowy nr 1 sporządzony został w dniu 20 września 2012 r., natomiast podpisy na nim widniejące opatrzone są datami 21 listopada 2012 r. i 21 listopada 2012 r. Zamawiający poinformował jednocześnie, że mając powyższe na względzie zwrócił się do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej o udzielenie informacji w tym przedmiocie, ale nie uzyskał odpowiedzi. Konstatując Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie potwierdził „zrealizowania dwóch dostaw sprzętu komputerowego o wartości

co najmniej 300.000 zł w okresie ostatnich 3 lat ani też nie przedstawił dowodu należytego wykonania zamówienia”.

Na podstawie przedłożonej wraz z odwołaniem umowy z dnia 20 lipca 2012 r. zawartej pomiędzy Senetic S.A. a Polską Agencją Żeglugi Powietrznej Izba ustaliła, że przedmiotem umowy była sprzedaż i dostarczenie określonego sprzętu komputerowego (§ 1 ust. 1), zaś umowa miała być zrealizowana w terminie dwóch miesięcy od dnia jej podpisania (§ 2 ust. 1).

W toku rozprawy Odwołujący okazał oryginał Protokołu końcowego, który odpowiadał treści, temu przedłożonemu na wezwanie Zamawiającego. Rzeczony Protokół zgodny był z wzorem protokołu przygotowanym przez Zamawiającego, a stanowiącym złącznik do protokołu (złożony do akt sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania okazało się niesłuszne. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp kreuje dla Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, w której wykonawca nie wykaże, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obowiązek ten, jakkolwiek bezwzględny, aktualizuje się jedynie w przypadku, gdy wykonawca również na wezwanie zamawiającego, kierowane w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełni brakujących lub prawidłowych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie rzeczony dokumenty i oświadczenia, jeśli budzą wątpliwości, Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Z przywołanych regulacji płynie więc wniosek, że ustawodawca uznaje decyzję o wykluczeniu wykonawcy za pewną ostateczność, stwarzając mechanizmy sanujące skutki błędów czy też niedopatrzeń wykonawców, czyniąc jednocześnie zamawiającego gwarantem zapewnienia możliwości skorzystania z tych narzędzi.

W niniejszej sprawie prawdą jest, że Odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą Wykazu zrealizowanych dostaw i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Jednakże powyższe, wbrew stanowisku prezentowanemu przez Zamawiającego na rozprawie, nie powinno prowokować jakichś negatywnych wniosków i spekulacji, a jedynie spowodować realizację obowiązku Zamawiającego, wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek Zamawiający obowiązek ten zrealizował a Odwołujący mu sprostął, przedstawił bowiem żądany Wykaz oraz Protokół końcowy na okoliczność należytego wykonania spornej, referencyjnej dostawy, to jednak dokumenty te budziły wątpliwości Zamawiającego. Dał temu wyraz wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień (na marginesie należy jedynie dodać, że właściwym trybem prowadzenia wyjaśnień jest ten, określony w przepisie

art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie opisany w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z powodów, o których była mowa powyżej), jednakże jedynie w zakresie wartości spornej dostawy. Odwołujący złożył wyjaśnienia, a dodatkowo załączył ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, z którego wynika (sekcja V.1), że sporne zamówienie zostało udzielone w dniu 20 lipca 2012 r. Inicjatywę dla podania w tym przedmiocie informacji nie tyle stanowiło wyartykułowane przez Zamawiającego wezwanie, ile podanie dat sporządzenia protokołu i wskazanie daty realizacji dostawy w Wykazie dostaw (rok 2014) w treści wezwania.

Mimo, iż Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie należytego wykonania zamówienia, terminu realizacji zamówienia oraz rozbieżności w dacie sporządzenia i podpisania Protokołu, Zamawiający uczynił powyższe podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Działanie Zamawiającego należy uznać za nieuprawnione, w świetle przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a czynność wykluczenia na tamtym etapie postępowania przynajmniej za przedwczesną. Okoliczność, że Zamawiający próbował uzyskać przedmiotowe informacje od podmiotu na rzecz, którego była realizowana dostawa nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień przez zainteresowanego Wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający realizując ten obowiązek winien wskazać, w jakim zakresie powziął wątpliwości, tak aby umożliwić wykonawcy ich wyjaśnienie. Zaś za absolutnie niedopuszczalną należy uznać sytuację, jak w niniejszej sprawie, w której Zamawiający nie wzywa Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie terminu realizacji zamówienia i podpisania Protokołu końcowego, czyniąc jednocześnie powyższe podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Brak realizacji przez Zamawiającego ustawowego obowiązku nie może być przyczyną do podjęcia negatywnych decyzji wobec wykonawcy. Skoro ustawodawca zagwarantował wykonawcy możliwość rozwiania wątpliwości co do złożonych dokumentów i oświadczeń, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to Zamawiający uprawnienia tego nie może pomijać.

Jednocześnie Odwołujący wraz z odwołaniem przedłożył umowę zawartą w dniu 20 lipca 2012 r. z Polską Agencją Żeglugi Powietrznej, z której wynika, że przedmiot umowy zostanie zrealizowany w terminie 2 miesiące od daty podpisania umowy (§ 2 ust. 1), zaś przedmiotem umowy jest sprzedaż i dostawa nowych serwerów, części i akcesoriów komputerowych (§ 2 ust. 1). Skoro więc Odwołujący wyjaśnił przedmiotową okoliczność, potwierdzając tym samym, że referencyjna dostawa została zrealizowana w ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, to uwzględniając powyższe (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp) czynność wykluczenia Odwołującego z tej przyczyny należy uznać za niezasadną.

Analogicznie należy ocenić fakt, iż Protokół końcowy został podpisany przez przedstawicieli po dacie jego sporządzenia. Nie można bowiem pomijać, że przedmiot umowy w istocie obejmował sprzedaż i dostarczenie urządzeń komputerowych i jak wynika z

rzeczonego Protokołu, powyższe zostało zrealizowane w terminie 2 miesięcy od dnia podpisania umowy, tj. 20 września 2012 r. Natomiast popisanie protokołu po terminie dostarczenia sprzętu wynika z faktu, że Zamawiający dokonywał sprawdzenia i uruchomienia sprzętu, ale wobec braku przedmiotowych obowiązków po stronie Wykonawcy, brak postaw do stwierdzenia nieterminowej realizacji zamówienia.

W świetle udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień i wobec treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nie powinno również budzić wątpliwości, że sporna dostawa została zrealizowana w dniu 20 września 2012 r., a nie jak podał w Wykazie dostaw Odwołujący w roku 2014. Powyższe stanowi oczywistą omyłkę pisarską.

Zauważyć nadto należy, że powszechnie przyjmuje się i stanowisko to jest akceptowane w orzecznictwie, że protokół odbioru końcowego jest dokumentem, który potwierdza należyte wykonanie zamówienia. Mieści się również w katalogu dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 2 powoływanego rozporządzenia. Przedłożony Protokół końcowy nie zwiera w rubryce uwagi/wnioski żadnych adnotacji wskazujących na nienależyte wykonanie zamówienia, nie ma więc podstaw do przyjęcia, że Odwołujący nie udowodnił należytego wykonania zamówienia. Nadto, nie należy pomijać, że Wykonawca nie uzyskał innego poświadczenia ze strony podmiotu, na rzecz którego realizował referencyjną dostawę, np. referencji, mimo że występował o takowe (korespondencja e-mail pomiędzy przedstawicielem Odwołującego i pełnomocnikiem podmiotu udostępniającego zasoby, załączona do odwołania).

Wymaga dostrzeżenia, że inne przyczyny lub wątpliwości, na które wskazywał Zamawiający w toku rozprawy, jako niewyartykułowane w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie mogą stanowić podstawy do oceny prawidłowości zakwestionowanej czynności. Wątpliwości Zamawiającego co do wiarygodności dokumentu Protokołu końcowego nie mogą przemawiać na niekorzyść Odwołującego. Niezależnie od powyższego zostały one rozwiane, bowiem w toku rozprawy Odwołujący przedłożył wzór protokołu, stanowiący załącznik nr 3 do umowy w ówczesnym postępowaniu, nadto okazał oryginał rzeczonego Protokołu, który odpowiadał w swej treści temu, który został przedłożony na wezwanie Zamawiającego. Nadto, zwrócić należy uwagę, że podstawy decyzji Zamawiającego nie mogą stanowić telefoniczne informacje, niezależnie od tego, że brak potwierdzenia, iż Zamawiający informacje o nienależytym wykonaniu spornego zamówienia w ogóle otrzymał.

Wobec powyższego należało uznać, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest nieuprawniona, a tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Jakkolwiek Izba, z uwagi na ograniczenia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie poddała ocenie zarzutu

naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, to nie stoi to na przeszkodzie nakazaniu unieważnienia czynności oferty najkorzystniejszej. Tylko bowiem w taki sposób Odwołujący może osiągnąć cel korzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji uwzględnienia odwołania w tzw. zamówieniach podprogowych. Brak nakazu wzruszenia wyniku postępowania w niniejszej sprawie stanowiłoby wyraz pozorności ochrony prawnej przysługującej Odwołującemu z mocy przepisu art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i prowadziłoby w istocie do usankcjonowania wykładni *contra legem* powołanych przepisów, co nie może spotkać się z akceptacją.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 3 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, opłatę skarbową od pełnomocnictw (przedłożonych z odwołaniem i na rozprawie) w kwocie 34,00 zł.

Przewodniczący: