

WYROK
z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2014 r. przez Jero Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rybczewice

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Jero Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Jero Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Rybczewice - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Marka lokalna szansą rozwoju przedsiębiorczości na Szlacheckim Szlaku w województwie lubelskim”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 194638/2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2 lipca 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, w tym o wykluczeniu Jero Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Zamawiający uznał, że wykonawca udzielił niejednoznacznych i wymijających wyjaśnień, co jest równoznaczne z brakiem udzielenia wyjaśnień, do których wykonawca został wezwany.

Jero Sp. z o.o. wniósł odwołanie 7 lipca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty pomimo, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. w szczególności przedstawił potwierdzenie należycie wykonanych usług;
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
3. art. 26 ust. 4 Pzp przez nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, iż wyjaśnienia złożonych dokumentów mogą dotyczyć informacji niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem.
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez niezastosowanie i brak uzasadnienia faktycznego w informacji o wykluczeniu wykonawcy, wskutek czego wykonawca nie zna faktycznych przyczyn wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia Jero Sp. z o. o. a następnie wskazanie oferty Jero Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż sporna jest w istocie wyłącznie ocena tego, czy przedłożone przez odwołującego pisemne oświadczenie spółki Jero Sp. z o.o. i referencje wystawione przez Formind Sp. z o.o. w siedzibą w Katowicach powinny stanowić wystarczające potwierdzenie spełnienia warunków w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zarzucił, że zamawiający uzasadnił wykluczenie jedynie niejednoznaczными i wymijającymi odpowiedziami, podczas, gdy wymagał od wykonawcy dodatkowych informacji, które wykraczały poza zakres prowadzonego postępowania. Tymczasem trudno jest wymagać od wykonawcy odpowiedzi na pytanie, dlaczego niewłaściwie odpytany podmiot nie potwierdził wykonania usługi. Wywodził, że zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp może wezwać do wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów - tymczasem żądanie Zamawiającego wykracza poza ten zakres i dotyczy odpowiedzi udzielonej przez inny podmiot - Agencję Reklamową Formind która nie była stroną w niniejszej sprawie.

Odwołujący podniósł, że żądając wyjaśnień zamawiający wykroczył poza zakres opisany w warunku udziału w postępowaniu, gdzie nie wymagał podania tytułu gry w wykazie wykonanych usług. Mimo tego odwołujący wskazał zamawiającemu tytuł gry.

Zdaniem odwołującego jest kuriozalne, że zamawiający pyta wykonawcę o stosunki i powiązania pomiędzy dwoma spółkami, gdyż wykonawca jest zobowiązany do wyjaśnienia zamawiającemu kwestii powiązań i przekształceń osób prawnych. Jedynym przypadkiem żądania wyjaśnień są powiązania w ramach grupy kapitałowej w przypadku złożenia odrębnych ofert - co w tym przypadku nie miało miejsca.

Odwołujący uznał, że z lakonicznego uzasadnienia wykluczenia nie wynika jednoznacznie, co stanowiło podstawę faktyczną wykluczenia. Zamawiający w piśmie powołał się na art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, jednakże nie odniósł się do jakichkolwiek braków, czy nieprawidłowości w złożonych dokumentach.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie odniósł się do podniesionych zarzutów i wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 5. 1.2.1 SIWZ zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawca wykazał, co najmniej jedną usługę polegającą na przeprowadzeniu kampanii promocyjnej gry komputerowej lub terenowej o wartości brutto co najmniej 80.000 zł. Przez kampanię zamawiający rozumiał spójne komunikacyjnie (m.in. pod względem komunikatu i wizualizacji layoutu) przedsięwzięcie rozumiane przy użyciu co najmniej trzech narzędzi (kanałów komunikacji). Zamawiający wymagał w pkt 6.1.2. SIWZ złożenia wykazu zawierającego nazwę podmiotu, na rzecz którego usługa była wykonana (z podaniem danych teleadresowych), opisu przedmiotu usługi, jej wartości oraz daty realizacji (dzień/ miesiąc/rok) oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie i pismem z 17 czerwca 2014 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, został wezwany do ich uzupełnienia

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył wykaz zawierający usługę wykonaną na rzecz Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o. w Katowicach oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi na rzecz Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o. podpisane przez Pana D..... P..... .

W toku badania dokumentów zamawiający powziął wątpliwości wynikające m.in. z tego, że okres wykonania usługi przypadał przed rejestracją odwołującego w KRS, zatem 24 czerwca 2014 r. zwrócił się do Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o. o potwierdzenie wystawienia w referencji.

Pismem z 24 czerwca 2014 r. zamawiający uzyskał odpowiedź, podpisaną przez Prezesa Zarządu Pana M..... L....., że Agencja Reklamowa Formind Sp. z o. o. nie wystawiała referencji dla odwołującego, a referencje prawdopodobnie zostały wystawione przez Formind Sp. z o. o., nie prowadzącą działalności pod tym adresem, którą reprezentuje Pan D..... P.....

Zamawiający pismem z 30 czerwca 2014 r. zwrócił się do odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 Pzp, żądając.

- 1) udzielenia jednoznacznych informacji dotyczących rozbieżności pomiędzy dokumentami złożonymi przez odwołującego na wezwanie a stanowiskiem Agencji Reklamowej Formind z siedzibą w Katowicach, która nie potwierdza wykonanych prac;
- 2) podania tytułu gry dla której była prowadzona kampania w okresie 01.02.2014 r. - 30.03.2014r. oraz nazwy hotelu;
- 3) podania informacji, czy Agencja Reklamowa Formind oraz Formind Sp. z o.o. to odrębne podmioty, czy nastąpiło przekształcenie, czy Formind Sp. z o.o. jest następcą prawnym Agencji Reklamowej Formind.

W odpowiedzi napisem z 1 lipca 2014 r. odwołujący wyjaśnił, że

„ad.1. pod adresem ul. Kościuszki 6/5 w Katowicach prowadzą działalność i siedzibę mają dwa niezależne podmioty prawne, Agencje Reklamowe, obie o nazwie FORMIND. Przedmiotowa Usługa, opisana w piśmie z dnia 10.06.2014 dotycząca: „Działań Kampanii promocyjnej na rzecz Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o. “ realizowana przez Jero Sp. z o.o. została zlecona przez Formind Sp. z o.o. NIP 634 279 54 77. Z powyższego powodu zupełnie naturalnym jest, że Agencja Reklamowa Formind Sp. z o.o. NIP 6272678972 nie potwierdza wykonania należycie przedmiotowej usługi, ponieważ zleceniodawcą zamówienia jest Formind Sp. z o.o. NIP 634 279 54 77 co potwierdzają referencje przesłane Zamawiającemu dnia 20.06.2014.

ad.2. W odpowiedzi na Państwa pytanie dotyczące tytułu gry, dla której była prowadzona kampania w okresie 01.01.2014r.-30.03.2014r. informujemy, że nazwa przedmiotowej gry to „Hotel City”. Natomiast nazwa otwieranego hotelu to „Hotel Spa & Wellness”. Hotel ten jest fragmentem dużej sieci hotelowej posiadającej liczne obiekty w Polsce. W związku z obowiązującą Umową o zachowaniu poufności, którą Jero Sp. z o. o. podpisała, jesteśmy zobligowani do zachowania poufności i nie możemy ujawniać szczegółów dotyczących projektu.

W razie zainteresowania kolejnymi elementami, jeżeli podane powyżej informacje są niewystarczające,

zwracamy się do Państwa z prośbą o przekazanie listy dokładnych pytań i danie nam co najmniej 14 dni na pisemne przekazanie pytań Formind Sp. z o.o. Niewykluczone, że do przekazania Państwu informacji konieczne będzie podpisanie Umowy o zachowaniu poufności pomiędzy Jero sp. z o. o. a Wójtem Gminy Rybczewice.

ad.3. W związku z Państwa prośbą o podanie informacji w naszym uznaniu agencja reklamowa Jero Sp. z o.o. nie jest właściwym podmiotem, do którego powinien zwracać się zamawiający w sprawach pytań dotyczących Formind Sp. z o.o.

Jednak mając na uwadze pomoc wykonawcy w ustaleniu wszystkich szczegółów informujemy, że zgodnie z danymi w KRS i naszą wiedzą Agencja Reklamowa Fomind Sp. z o. o. NIP 6272678972 z siedzibą przy ul. Kościuszki 6/5 w Katowicach i Formind Sp. z o.o. NIP 634-279-54-77 z siedzibą przy ul. Kościuszki 6/5 w Katowicach to dwa osobne podmioty. Żadna z wyżej wymienionych firm nie jest następcą prawnym drugiej.”.

Izba dokonała ustaleń na podstawie wymienionych pism i dokumentów. Rozważyła również stanowiska stron, w tym argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W treści informacji o wyniku postępowania w części dotyczącej wykluczenia odwołującego zostały przywołane okoliczności faktyczne, w tym tok czynności zamawiającego związanych z badaniem spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Okoliczności te odpowiadają ustaleniom poczynionym przez Izbę. Odwołujący znał zatem podstawy faktyczne swego wykluczenia, *nota bene* powołuje te same okoliczności w odwołaniu. Izba rozpoznała odwołanie bez konieczności czynienia ustaleń ponad te, które zamawiający wskazał jako podstawę faktyczną wykluczenia odwołującego, a odwołujący przywołał w uzasadnieniu podniesionych zarzutów.

Zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że czynność wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp odpowiada prawu, mimo że nie podzieliła argumentacji zamawiającego.

Rację ma odwołujący, gdy twierdzi, że z posiadanych dokumentów zamawiający mógł ustalić, że usługa referencyjna została wykonana na rzecz Formind Sp. z o.o. w Katowicach. Wynika to ze spójnych w tym zakresie oświadczeń Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o. oraz wyjaśnień odwołującego. Zamawiający dysponował więc wiedzą, do kogo powinien się zwrócić, celem

ustalenia, czy odwołujący faktycznie wykonał sporną umowę i mógł to uczynić. Przeciwno możliwości wykonania tej usługi przez odwołującego nie przemawia bowiem okoliczność, że okres jej wykonania przypada przed dniem wpisania odwołującego do Krajowego rejestru Sądowego.

Z art. 161 § 1 kodeksu spółek handlowych oraz art. 14 § 1 zd. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w okresie od zawarcia umowy spółki do dnia wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. W tym czasie spółka taka działa jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji. Odwołujący jako Jero Sp. z o.o. w organizacji mógł zatem wykonać usługę powołaną w wykazie.

Zgodzić się też należy z odwołującym, że zamawiający żądając dodatkowych wyjaśnień dotyczących usługi referencyjnej przekroczył zakres wynikający z literalnego brzmienia pkt 5. 1.2.1 SIWZ. Nie może to jednak przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

Złożony przez odwołującego dokument referencji miał na celu, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie. Podkreślić jednak trzeba, że oba dokumenty - wykaz i referencja – powołują wykonanie usługi na rzecz Agencji Reklamowej Formind Sp. z o.o., zatem dotknięte są błędem polegającym na niezgodnym rzeczywistością wskazaniu odbiorcy usługi.

W okolicznościach sprawy błąd ten nie jest możliwy do poprawienia, gdyż w tym celu zamawiający musiałby wezwać odwołującego do złożenia prawidłowego wykazu i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi referencyjnej na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem zamawiający skorzystał już z tej możliwości uzupełniając niezbędne dokumenty nie złożone przez odwołującego wraz z ofertą. Zamawiający nie może powtórzyć wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez ponowne żądanie złożenia tych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, jako wyjątek od reguły wynikającej z art. 44 Pzp nakazującej złożenie dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu wraz z ofertą, nie może być ponawiane w odniesieniu do tej samej okoliczności.

W tej sytuacji nawet uznanie, jak chciałby odwołujący, że wyjaśnienia udzielone przez niego zamawiającemu pismem z 1 lipca 2014 r. stanowią oświadczenie, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie mają znaczenia dla wyniku postępowania.

Uzdrowienie sytuacji prawnej odwołującego w postępowaniu i uznanie, że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie jest możliwe z przyczyn leżących wyłącznie po stronie odwołującego. Odwołujący, mimo ciążącego na nim obowiązku nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a następnie prawidłowo wezwany przez zamawiającego złożył dokumenty zawierające błędy. Trzeba przy tym podkreślić, że błędne wskazanie podmiotu, na rzecz którego nastąpiło wykonanie usługi referencyjnej, miało miejsce w wykazie stanowiącym własne oświadczenie odwołującego.

Brak staranności odwołującego wymagany od uczestnika rynku zamówień publicznych nie może więc przynieść innego skutku, niż wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: