

Sygn. akt: KIO/UZP 834/10

POSTANOWIENIE
z dnia 18 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Marek Szafraniec**
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 18 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Crowley Data Poland Sp. z o.o. (podmiot reprezentujący wykonawców), ComArch S.A., Fima UAB z siedzibą dla podmiotu reprezentującego wykonawców: 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - Centrala, 00-608 Warszawa, Al. Niepodległości 190** protestu z dnia 16 kwietnia 2010 r.

przy udziale wykonawcy: **Telekomunikacja Polska S.A., 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Crowley Data Poland Sp. z o.o. (podmiot reprezentujący wykonawców), ComArch S.A., Fima UAB z siedzibą dla podmiotu reprezentującego wykonawców: 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Crowley Data Poland Sp. z o.o. (podmiot reprezentujący wykonawców), ComArch S.A., Fima UAB z siedzibą dla podmiotu reprezentującego wykonawców: 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2,**
- 2) 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Crowley Data Poland Sp. z o.o. (podmiot reprezentujący wykonawców), ComArch S.A., Fima UAB z siedzibą dla podmiotu reprezentującego wykonawców: 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na usługi operatorskie sieci WAN obejmujące transmisją danych, głosu i obrazu, świadczone poprzez dostarczenie urządzeń, zestawienie łączy, utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieci WAN wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ComArch S.A. oraz Fima UAB (dalej „protestujący” lub „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu - Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), (dalej „ustawa Pzp”).

1. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 183 ust. 5, poprzez powtórzenie czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) w sposób niezgodny z tym wyrokiem,
3. art. 26 ust. 3 i 4, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wezwania protestującego do wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2010 r. (pismo nr ZP-2310/12-10/09),

2. wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Protestujący wyjaśnił, że wyrokiem z dnia 12 stycznia 2010 r. KIO unieważniła czynność wykluczenia protestującego z postępowania, nakazując jednocześnie zamawiającemu wezwanie protestującego do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem protestującego, ponieważ wezwanie zawiera treść niezgodną z wyrokiem KIO, jego utrzymanie w kształcie określonym w piśmie z dnia 15 kwietnia 2010 r. może spowodować wykluczenie protestującego z postępowania, co w sposób bezpośredni wiąże się z uszczerbkiem w interesie prawnym protestującego polegającym na utracie możliwości złożenia oferty w postępowaniu, co stanowi przesłankę uprawniającą do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Protestujący podniósł, że czynność wezwania z dnia 15 kwietnia 2010 r. (ponowiona w piśmie z dnia 19 kwietnia 2010 r.) została dokonana w sposób niezgodny z zaleceniami wynikającymi z wyroku KIO, ponieważ w sentencji wyroku KIO nakazała zamawiającemu dokonanie wezwania protestującego do złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie w zakresie wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku systemem telefonii IP składającym się z co najmniej 500 telefonów IP w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej 20 lokalizacji u jednego odbiorcy, przy czym telefony rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach oraz dokonanie ponownej oceny wniosków.

W ocenie protestującego z uzasadnienia wyroku wynika, iż zamawiający obowiązany był wyjaśnić zaistniałą sytuację w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp - wyjaśnieniu miała podlegać kwestia spełniania przez protestującego warunku udziału w postępowaniu, tymczasem pismo z dnia 15 kwietnia 2010 r. zawiera żądanie wyjaśnienia czy oświadczenie złożone w pkt 4 tabeli jest prawdziwe, nie odnosi się zatem do kwestii wykazania przez protestującego spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Przesądza to, zdaniem protestującego, o tym, iż czynność wezwania protestującego do wyjaśnień została wykonana niezgodnie z treścią art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

Protestujący nadto wskazał, iż w proteście z dnia 9 listopada 2009 r. w przypadku wątpliwości co do spełniania przez protestującego warunków udziału w postępowaniu wnosił o dokonanie przez zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec czego wykonując wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2010 r. zamawiający miał obowiązek wyjaśnić czy protestujący spełnia warunki

udziału w postępowaniu, poprzez zastosowanie trybu określonego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Skoro treść wezwania nie zmierza do wyjaśnienia czy protestujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w ocenie protestującego, należy ją uznać za sprzeczną z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający oddalił protest.

Wskazał, że przedmiotem sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 1817/09 było podanie nieprawdziwych informacji w poz. 4 Wykazu Usług we wniosku protestującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego wyjaśnieniu podlegały jedynie „sporne informacje”, a więc Wykaz Usług oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt 4 Wykazu, dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż pomimo dwukrotnego wezwania protestującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający nie uzyskał jakiegokolwiek dodatkowych informacji.

Odnosząc się do żądania protestującego dotyczącego wezwania do uzupełnienia dokumentów zamawiający podniósł, iż do takiej czynności KIO nie zobowiązała zamawiającego w sentencji wydanego orzeczenia.

Podkreślił, że w przedmiotowym wyroku Izba wyraźnie stwierdziła: „Nie jest więc wykluczone, iż zamawiający dokonując analizy dokonanych przez siebie ustaleń, ponownie dojdzie do wniosku, że informacje złożone przez odwołującego się były nieprawdziwe...”.

Zamawiający podał, że pomimo dwukrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień protestujący nawet nie podjął próby wyjaśnienia „spornych informacji”, czyli prawdziwości informacji zawartych w Wykazie.

W ocenie zamawiającego zarówno pytanie nr 1, jak i pytanie nr 2, dotyczyły zarówno kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i kwestii ewentualnego złożenia nieprawdziwych informacji przez protestującego, do czego zamawiający w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej miał pełne prawo, a wręcz obowiązek.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście.

Odwołujący dodatkowo stwierdził, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu powołuje się na fragment uzasadnienia wyroku KIO wybiórczo wyrwany z kontekstu, wywodząc na tej podstawie, iż wyjaśnieniu podlegały jedynie sporne informacje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie (rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) oraz z dnia 9 lipca 2007 r. 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 z późn. zm.) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Stosownie do przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W przedmiotowej sprawie Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron ustaliła, że wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Crowley Data Poland Sp. z o.o., ComArch S.A., Fima UAB odwołanie z dnia 4 maja 2010 r. dotyczy czynności wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2010 r., ponowionego 19 kwietnia 2010 r., które zostało dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 9 listopada 2010 r.

Ostateczne rozstrzygnięcie protestu z dnia 9 listopada 2010 r., zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nastąpiło w dniu 12 stycznia 2010 r., tj. z dniem wydania wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1817/09.

Wskazany wyrokiem zamawiającemu nakazano:

1. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego się konsorcjum,
2. wezwanie konsorcjum do złożenia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie w zakresie wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku systemem telefonii IP składającym się z co najmniej 500 telefonów IP w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej 20 lokalizacji u jednego odbiorcy, przy czym telefony rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach,

3. dokonanie ponownej oceny wniosków.

Izba uznała, że odwołujący się w odwołaniu z dnia 4 maja 2010 r. zakwestionował czynność zamawiającego, polegającą na wezwaniu go do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie tychże wykonawców („Wezwanie zamawiającego zawiera treść niezgodną z wyrokiem KIO. Utrzymanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kształcie określonym w piśmie z dnia 15 kwietnia 2010 r. może spowodować wykluczenie Odwołującego (...), „Czynność wezwania z dnia 15 kwietnia 2010 r. (...) została dokonana w sposób niezgodny z zaleceniami wynikającymi z wyroku KIO” - str. 2 odwołania), co w ocenie Izby wynika z przywołanych fragmentów odwołania, jak i całości argumentacji w nim zawartej.

Na podstawie treści pisma zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2010 r. (pismo znak: ZP-2310/12-10/09) Izba ustaliła, że pismem tym zamawiający wezwał odwołującego się, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, poprzez udzielenie odpowiedzi na dwa pytania: „czy oświadczenie wykonawcy złożone w poz. 4 Wykazu Usług (str. 187 Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) jest prawdziwe ? Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, uprzejmie prosimy o wyczerpujące uzasadnienie swojego stanowiska, z którego będzie wynikać, że Konsorcjum CDP w poz. 4 Wykazu Usług nie podało nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania? ” oraz „czy oświadczenie Konsorcjum CDP złożone pod tabelą, cyt.: „Do wykazu dołączono dokument potwierdzający, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie”, z uwzględnieniem treści dokumentu znajdującego się na stronie 194 wniosku oraz treści pisma Kolei Litewskich z dnia 17 września 2009r., jest prawdziwe ? Jeśli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, prosimy o wyczerpujące uzasadnienie swojego stanowiska, w szczególności wskazanie numeru i daty właściwej umowy na realizację usługi opisanej w poz. 4 Wykazu Usług. ”

Na podstawie odpowiedzi odwołującego się Izba ustaliła, że ten w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. potwierdził, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia oraz że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie treści pisma zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2010 r. (pismo znak: ZP-2310/12-10/09) Izba ustaliła, że pismem tym zamawiający ponownie wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania postawione w piśmie z dnia 15 kwietnia 2010 r.

Na podstawie odpowiedzi odwołującego się Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. odwołujący się stwierdził w szczególności, iż niezrozumiałym jest żądanie kolejnych wyjaśnień, skoro w piśmie z dnia 16 kwietnia 2010 r. potwierdził on spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1817/09 nie nakazała zamawiającemu podjęcia jakichkolwiek działań na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jedynie na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wynika to wprost z samej sentencji wyroku, gdzie wskazuje się wyłącznie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jaki i z jego uzasadnienia: „Zamawiający (...) mając na względzie otrzymane informacje winien był zwrócić się do odwołującego z żądaniem wyjaśnienia spornych kwestii”, „W ocenie Izby zamawiający w sposób nieuprawniony stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp byłyby tożsame z tymi, które odwołujący się zawarł we wniosku”, „Ustaleń tych winien dokonać zamawiający na podstawie zebranych przez siebie informacji oraz w oparciu o wyjaśnienia złożone przez odwołującego się, wezwanego do udzielenia takich wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp”.

Takie też wezwanie do złożenia wyjaśnień z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wystosował, i to dwukrotnie, zamawiający do odwołującego się.

Izba wskazuje także, że wyrokiem z dnia 12 stycznia 2010 r. zamawiający został zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających postawiony warunek doświadczenia, co oznacza, że wezwanie musiało odnosić się do dokumentów już złożonych przez odwołującego się we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zaś do samego warunku doświadczenia w oderwaniu od tych dokumentów, co jest oczywiste wobec faktu, że - jak określiła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO/UZP 1817/09 - istota sporu sprowadzała się do tego, czy odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania (str. 7).

Wynika to wprost z sentencji wyroku: „nakazuje zamawiającemu wezwanie Konsorcjum (...) do złożenia (...) wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie”.

Dokumentami potwierdzającymi doświadczenie odwołującego się w zakresie wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonał co najmniej jedną usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku systemem telefonii IP składającym się z co najmniej 500 telefonów IP

w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej 20 lokalizacji u jednego odbiorcy, przy czym telefony rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach, złożonym we wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu były: Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych (str. 187 wniosku) oraz opinia wraz z tłumaczeniem (str. 194 i 195 wniosku).

Skoro zatem spór dotyczył konkretnych dokumentów i podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu było złożenie nieprawdziwych informacji z nich wynikających, to żądanie wyjaśnień nie mogło nie odnosić się do tychże spornych dokumentów.

Izba stwierdza nadto, że wyjaśnienie co do tych dokumentów to jednocześnie wyjaśnienie co do spełniania przez odwołującego się warunku udziału w postępowaniu i nie mogło dotyczyć innych dokumentów, ponieważ jak podnosił zamawiający w piśmie procesowym z dnia 17 maja 2010 r. informacji nieprawdziwych (wynikających ze złożonych już dokumentów) nie można zastąpić informacją prawdziwą (która miałyby wynikać z nowych dokumentów).

Reasumując, skoro wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2010 r. (ponowione 19 kwietnia 2010 r.) dotyczyło pozycji nr 4 Wykazu usług oraz złożonej na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej tam usługi opinii, to wobec faktu, że to właśnie te dokumenty zostały przez odwołującego się złożone we wniosku na potwierdzenie spełniania doświadczenie w zakresie wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę o charakterze i złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, w rozumieniu usługi obejmującej utrzymanie i zarządzanie w okresie co najmniej roku systemem telefonii IP składającym się z co najmniej 500 telefonów IP w środowisku sieci rozległej WAN składającej się z co najmniej 20 lokalizacji u jednego odbiorcy, przy czym telefony rozmieszczono w co najmniej 20 lokalizacjach, uznać należy, że zamawiający prawidłowo wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1817/09.

Ustalenie, że odwołanie z dnia 4 maja 2010 r. dotyczy czynności wezwania z dnia 15 kwietnia 2010 r., która została dokonana zgodnie z wyrokiem z dnia 12 stycznia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1817/09 obliguje Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:

.....

.....