

Sygn. akt: KIO 2406/11

WYROK

z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2011 r. przez **Odwołującego** – Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa,

przy udziale **Wykonawcy** - The Chartered Institute of Logistics and Transport in the UK, 3/4 Earlstrees Court, Corby, NN17 4AX, Northamptonshire, Wielka Brytania zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do wykazu załączonego do oferty The Chartered Institute of Logistics and Transport in the UK i dokumentów potwierdzających, że usługi ujęte w tym wykazie zostały wykonane należycie, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu;**

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Ministerstwo Sprawiedliwości, al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – Deloitte Business Consulting S.A., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przeprowadzenie badania i opracowanie raportu wraz z rekomendacjami w zakresie: Analizy obciążenia pracą i opracowanie standardów pracy dla wszystkich grup zawodowych w sądownictwie oraz opracowanie uniwersalnego narzędzia pomiaru obciążenia pracą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 153-254633 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 7 listopada 2011 r. Deloitte Business Consulting S.A. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania go w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, tj. The Chartered Institute of Logistics and Transportation in the UK, pomimo, że wykonawca który ją złożył, nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania go w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, pomimo, że wykonawca, który ją złożył podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, pomimo, że wykonawca który ją złożył, posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co utrudnia uczciwą konkurencję.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpi wykonawca The Chartered Institute of Logistics and Transportation in the UK w Corby, Wielka Brytania,

którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący bądź CILT).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, pomimo, że wykonawca który ją złożył, podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (w wykazie wykonanych usług i w referencjach załączonych do oferty)

Naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do CILT, pomimo, że nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w celu dochowania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert powinien był uzyskać wiedzę na temat istnienia bądź nieistnienia podmiotów, dla których CILT miał wykonywać usługi, którymi się wykazuje. Tym bardziej, że przedłożone dokumenty mogą budzić wątpliwości, choćby ze względu na prawie identyczną formę i treść.

Według Odwołującego, CILT przedłożył fałszywe informacje, które miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania, bowiem dzięki przedłożonym listom referencyjnym potwierdzającym należyte wykonanie usług badawczych wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, mógł wykazać się wymaganym doświadczeniem, a w konsekwencji mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie - jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, dzięki spełnieniu postawionych warunków.

Odnosząc się do treści wykazu wykonanych usług i przedłożonych listów referencyjnych, Odwołujący podnosił, co następuje:

a) W przypadku podmiotu: „Le Brenne Consulting Ltd”:

1. Na podstawie rejestru firm prowadzonego przez Companies House w Wielkiej Brytanii (odpowiednik polskiego Krajowego Rejestru Sądowego) Odwołujący ustalił, że firma: „Le Brenne Consulting Ltd” nie istnieje - nie występuje w rejestrze, nawet z dopiskiem: „W likwidacji” lub „Rozwiązana”.

2. Po wpisaniu nazwy „Le Brenne” wyszukiwarka firm podaje w tabeli zbliżone nazwy i numery firm o zbliżonych nazwach wraz z informacją o ewentualnej likwidacji lub rozwiązaniu. Nie ma wśród nich nazwy „Le Brenne Consulting Ltd, istnieje natomiast podmiot o podobnej nazwie: „Le Brenne Consultancy Ltd”, której dyrektorem jest John H. (podpisujący się pod zawartymi w ofercie listami referencyjnymi wystawionymi przez Le Brenne Consulting Ltd).

3. Z ostrożności Odwołujący wskazywał, że firma Le Brenne Consultancy Ltd została założona dopiero 9 lutego 2010 roku i w sposób oczywisty nie mogła prowadzić projektów, o których mowa w listach referencyjnych, które przedłożono.

b) W przypadku podmiotu: „Mosaic Enterprises”:

1. Przeszukując zasoby Internetu w celu znalezienia powiązań między firmami, Odwołujący odnalazł profil założony przez Pana Phila C. (podpisującego się pod listami referencyjnymi wystawionymi przez Mosaic Enterprises) na portalu społecznościowym Plaxo (<http://www.plaxo.com/directory/profile/4295137252/c56494b3/Philip/C.>). Odwołujący ustalił na tej podstawie, że Pan Phil C. jest związany z firmą o pełnej nazwie „Mosaic Enterprises PTY LTD”. W nazwie tej występuje skrót „PTY” charakterystyczny dla firm australijskich. Powyższe jest zgodne z opisem zamieszczonym na profilu, na ww. stronie.

3. Odpowiednikiem brytyjskiego „Companies House” jest „Australian Business Register” (odpowiednik polskiego Krajowego Rejestru Sądowego). Ustalono na tej podstawie, że podmiot o nazwie: „Mosaic Enterprises Pty Ltd” nie występuje w odpowiednim rejestrze, nawet z dopiskiem: „W likwidacji” lub „Rozwiązana”. Dowodzi to ponad wszelką wątpliwość, że ww. podmiot nigdy nie był zarejestrowany.

4. Powyższe ustalono po wejściu na australijską stronę internetową o domenie: www.abr.business.gov.au należy wypełnić pole „Search by ABN, ACN or name:”, czyli: „Szukaj według numeru ABN, ACN lub nazwy” wpisując nazwę „Mosaic Enterprises”. W wykazie istnieje firma „Mosaic Enterprises”, ale jest to nazwa nieistniejącego już podmiotu „M.D D'SOUZA & G.F MARTIN”, który działał pod nazwą „Mosaic Enterprises” w latach 2000-2002. Wśród aktualnie istniejących podmiotów widnieje natomiast podmiot o podobnej nazwie: „Mosaic Enterprises Pty Ltd”.

5. Z ostrożności Odwołujący podnosił, że firma została założona 1 października 2010 roku i w sposób oczywisty nie mogła prowadzić projektów, o których mowa w listach referencyjnych.

6. Analizując profil na portalu społecznościowym: Plaxo ([http://www.plaxo.com/directory/profile/4295137252/c56494b3/Philip/.](http://www.plaxo.com/directory/profile/4295137252/c56494b3/Philip/)) założony przez Pana Phila C., podpisującego się pod listami referencyjnymi wystawionymi przez Mosaic Enterprises, możemy natrafić także na inne podmioty figurujące w „Australian Business Register” (odpowiedniku polskiego Krajowego Rejestru Sądowego):

a) „Mosaic Advisory and Capital PTY LTD” - firmę założoną w dniu 16 czerwca 2008r., która nie jest jednak wystawcą listu referencyjnego;

b) „Mosaic Publishing PTY LTD”, która została założona w dniu 14 października 2010 r. i nie jest wystawcą listu referencyjnego.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie faktem udowodnionym jest, że podmioty, które wystawiły referencje na opisane prace nie istnieją. Prawdziwe mogą być jedynie osoby, które podpisały listy referencyjne i jednocześnie figurują w ciałach statutowych podmiotów o zbliżonych nazwach. Powyższe zostało udowodnione za pomocą jedynego dostępnego w Wielkiej Brytanii i w Australii rządowego, oficjalnego systemu zawierającego wykaz kiedykolwiek zarejestrowanych podmiotów gospodarczych na terenie ww. państw.

Niezależnie od powyższego, na stronie internetowej www.companieshouse.gov.uk po przejściu opisanej wyżej procedury i wpisaniu nazwy wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą: „The Chartered Institute of Logistics and Transportation in the UK” istnieje możliwość uzyskania szczegółowych danych na temat działalności ww. wykonawcy. Z analizy ww. danych wynika jednoznacznie, że głównym celem statutowym ww. podmiotu jest promowanie, szerzenie wiedzy i koordynowanie badań naukowych na temat transportu i logistyki. Oczywiście, ww. podmiotowi nie zakazuje się przeprowadzania badań z zakresu analiz obciążenia pracą z wykorzystaniem analitycznych metod pomiaru czasochłonności zadań. Badania te nie mieszczą się jednak w obrębie jego celów działalności.

Na uwagę zwraca także inny ważny fakt: w miejscu poświęconym opisowi osiągnięć nie wspomina się o zrealizowaniu czterech potężnych projektów badawczych, których łączna wartość na przestrzeni kilku lat przekraczała 1.800.000 funtów. Bez wątplenia wykonanie badań wykraczających poza statutowe cele powinno znaleźć się w opisie osiągnięć w poprzednich latach.

Odwołujący zauważał także, że ww. kwota nie koresponduje z kwotami, które CILT wykazuje w sprawozdaniu finansowym za lata 2009 - 2010. Wpływy ww. Instytutu w 2009r. wynosiły zaledwie 388.000 funtów a w roku 2010 - 878.000 funtów. Większość środków finansowych Instytutu pochodzi ze środków z działalności charytatywnej (ponad 4 miliony funtów rocznie). Powyższe, dodatkowo udowadnia, że Instytut nie mógł wykonywać w imieniu „Le Brenne Consulting Ltd” ani w imieniu „Mosaic Enterprises” projektów badawczych o tak znacznej wartości. Wzmianka na temat tych projektów musiałaby się znaleźć z sprawozdaniu finansowym w miejscu poświęconym opisowi bieżącej działalności i odnoszonych sukcesów oraz - co najważniejsze - w miejscu poświęconym przychodom.

Reasumując, w ocenie Odwołującego udowodnione przez niego zostało, że listy referencyjne załączone do oferty CILT nie odzwierciedlają informacji na temat projektów faktycznie zrealizowanych przez CILT w imieniu wymienionych podmiotów. Powyższe wynika zarówno z dokumentów dotyczących tych podmiotów jak i z dokumentów dotyczących samego Instytutu.

Powyższe uzasadnione jest ustaleniem, że podmioty, które wystawiły listy referencyjne nie istnieją w oficjalnych rządowych rejestrach udostępnianych zgodnie z prawem państw, w których ww. firmy powinny być zarejestrowane.

Istnieją podmioty o podobnych nazwach, co wskazuje na próbę manipulowania faktami. Jednak firmy o zbliżonych nazwach powstały zbyt wcześnie aby możliwe było uzyskanie przez nie kontraktów o znacznej wartości i ich podzlecenie wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Wykluczona jest więc omyłka pisarska lub innego rodzaju błąd w złożonym oświadczeniu wiedzy.

Podmiot o nazwie: Le Brenne Consultancy Ltd (a nie Le Brenne Consulting Ltd) został założony dopiero 9 lutego 2010 roku i w sposób oczywisty nie mógł prowadzić projektów, o których mowa w listach referencyjnych, gdyż według treści listów referencyjnych miały one miejsce w latach, odpowiednio: Barclays Bank - „dwa i pół roku”, Zagrebečka Banka d.d. - „cztery lata” przed datą ich zakończenia. Oznaczałoby to, że prace musiałyby być zlecone, odpowiednio: Barclays Bank - w 2008r., Zagrebečka Banka d.d. - w 2006r.

Podobnie, podmioty o nazwie: Mosiac Enterprises lub (z ostrożności przywołane): "Mosaic Advisory and Capital PTY LTD" lub „Mosaic Publishing PTY LTD" zostały założone odpowiednio: 1 października 2010 roku, 16 czerwca 2008 roku i 14 października 2010r. i w sposób oczywisty nie mogły prowadzić projektów, o których mowa w listach referencyjnych, gdyż według treści listów referencyjnych miały one miejsce w latach, odpowiednio: National Australia Bank Group - „ponad pięć lat”, Bradford & Bingley Group - „trzy lata” przed datą ich zakończenia. Oznaczałoby to, że prace musiałyby być zlecone, odpowiednio: National Australia Bank Group - w 2004r., Bradford & Bingley Group - w 2006r.

Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje na konieczność wykluczenia Instytutu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 – wobec wątpliwości wskazanych w odwołaniu, Zamawiający powinien co najmniej wyjaśnić, dlaczego w wykazie wskazano innych odbiorców usług, a inne firmy wystawiły referencje oraz różnice pomiędzy wartościami w kwotach podanych w tych dokumentach, co pozwoli na identyfikację rzeczywiście wykonanych prac. Wskazywał przy tym, że ewentualny obowiązek wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnień powinien się ograniczyć tylko do tych dwóch wyżej wskazanych kwestii, bowiem podanie nieprawdziwych informacji jest samodzielną przesłanką wykluczenia.

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą,

pomimo, że wykonawca który ją złożył posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co utrudnia uczciwą konkurencję

Naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do CILT, pomimo, że nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia stanowiła „Metodologia badania” - załącznik nr 8 do SIWZ - w wersji zawierającej raport podsumowujący liczył on łącznie 865 stron, a z załącznikami (ankiety, listy zadań, itd.) - 1755 stron.

Ww. dokumenty opracowywał zespół badawczy, w którego skład wchodził następujący eksperci: Rafał K., Filip S., John H. oraz kilku innych ekspertów.

Dwie spośród wskazanych wyżej osób: Rafał K. i Filip S. zostały wymienione w „Wykazie osób”, którego wzór stanowił załącznik nr 7 do SIWZ. Ponadto złożyły one oświadczenia o zobowiązaniu się do współpracy na etapie realizacji zamówienia - str. 37 i 38 oferty. Powyższe bez wątpienia stanowi element przygotowania oferty.

Dodatkowo list referencyjny w imieniu nieistniejącej firmy Le Brenne Consulting LTD podpisał p. John H., co stanowi istotny element treści oferty CILT. Dzięki temu dokumentowi Instytut spełnił postawione warunki udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego stanowią przykład posłużenia się w złożonej ofercie osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Biorący udział w postępowaniu Wykonawcy mieli bardzo mało czasu na opracowanie merytorycznej części oferty ocenianej następnie w zakresie kryterium: „Jakość realizacji zamówienia”, w ramach którego wyznaczono kilka szczegółowych podkryteriów. Wykonawca, który w ramach swojego zespołu korzystał z potencjału wskazanych wyżej osób, bez wątpienia był na uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Dysponował osobami znającymi tematykę zamówienia, gdyż uczestniczącymi bezpośrednio w opisanu jego przedmiotu.

Ze względu na powyższe, zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której w postępowaniu wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Wykazano także zdaniem Odwołującego utrudnienie uczciwej konkurencji.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zauważał, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych właściwie podważa zasadność dowodzenia podania w wykazie i referencjach nieprawdziwych informacji, ponieważ skoro Zamawiający mógł zaniechać tych czynności to powinien ich dokonać ze wszelkimi konsekwencjami. Ponadto w jego ocenie argumentacja Odwołującego jest nietrafna w odniesieniu do obu zarzutów.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Odwołujący powinien wykazać przewagę konkurencyjną Przystępującego, tj. ile Odwołujący by uzyskał punktów, gdyby nie ewentualny udział wymienionych osób przy przygotowaniu oferty Przystępującego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający twierdził, że z oferty Przystępującego nie wynika, że którakolwiek z osób opracowujących raport metodologiczny załączony do specyfikacji brała udział w przygotowaniu oferty. Odnośnie panów Rafała K. i Filipa S. Przystępujący złożył na wezwanie Zamawiającego odpowiednie wyjaśnienia, natomiast Pan John H. podpisywał jedynie referencje, a więc nie przygotowywał oferty. Gdyby zaakceptować argumentację Odwołującego, nigdy nie można byłoby posługiwać się referencjami wystawionymi przez danego Zamawiającego, ubiegając się u niego o zamówienie. Ponadto wskazuje, że dokładny opis przedmiotu zamówienia oraz informacje, że raport metodologiczny znajduje się u Zamawiającego, otrzymał Odwołujący oraz inne podmioty kilka tygodni przed wszczęciem postępowania w celu oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Wśród tych podmiotów nie było Przystępującego, zatem to Odwołujący miał szansę zapoznać się z opisem przedmiotu zamówienia nieco wcześniej, niż Przystępujący.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 24 ust 2 pkt 3 Zamawiający wskazywał, że nie żądał sprawozdania finansowego, więc nie może z niego wnioskować o spełnieniu bądź nie warunku udziału w postępowaniu. W ogłoszeniu i w punkcie 16.9 specyfikacji szczegółowo opisał, jakich dokumentów oczekuje. Odwołujący wyciąga zbyt daleko idące wnioski z papieru firmowego, na którym wystawiono referencje, kiedy tymczasem w odniesieniu do zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 1 swobodnie i bez zastrzeżeń posługuje się argumentacją wymieniającą firmę - grupę Le Brenna, czyli nie ma żadnych wątpliwości, co do istnienia takiej grupy. Z doświadczenia wynika, że treść referencji przygotowują podmioty zainteresowane ich wystawieniem, a wystawca, jeżeli treść akceptuje, to ją podpisuje - stąd mogą pojawiać się powtarzające się błędy w referencjach wystawionych na rzecz danych podmiotów.

Zamawiający przywoływał przepisy dyrektywy, wskazując, że za nieprawdziwe informacje uważa się poważne wprowadzenie w błąd, a tego rodzaju nieścisłości takie nie są.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazywał, że odwołanie opiera się na przypuszczeniach, wnioskowaniu działalności i z rachunku, a nie ma nic wspólnego z wystawieniem referencji. Trudno obarczać Przystępującego za wygląd referencji, za które odpowiadają osoby, które je wystawiły. Okoliczność, że Le Brenne Consulting jest nazwą handlową nie przeczy temu, że gdzieś wkradł się błąd w nazwie firmy, a uprawdopodobnia to, że taki błąd mógł wystąpić. Dana marka nie musi funkcjonować w Internecie, aby podmioty mogły się nią posługiwać, nie musi również być zarejestrowana.

Referencje wystawione przez Zagrebacka Banka zostały złożone przy pisemnym oświadczeniu z 18 listopada 2011 r. (złożonego Izbie) na potwierdzenie, że grupa Le Brenne wykonywała na rzecz tego banku prace. Z pisma wynika, że intensywne prace trwały w danym okresie czasu, co nie przeczy temu, że prace ujęte w referencjach nie były również wykonywane. Referencja załączona do oświadczenia z 18 listopada 2011 r. nie miała być referencją składaną w postępowaniu przed Zamawiającym, a na dowód, że grupa Le Brenne istniała w długim okresie czasu i wykonywała prace dla Zagrebacka Banka. Poza tym Odwołujący nie wykazał związku pomiędzy błędem referencji, a wynikiem postępowania. Popiera stanowisko Zamawiającego w tym zakresie.

Wskazuje, że angielskie podmioty mające w nazwie 'LTD' nie są odpowiednikiem polskich spółek kapitałowych, a opierają się tylko na danej osobie, dlatego nieważne jest, pod jaką firmą dana osoba podpisywała dokument, ale ważne jest, kto podpisał ten dokument. Dana osoba personalizuje ciągłość doświadczenia i wiedzę o tym doświadczeniu.

Odnośnie Mosaic Enterprises, co do którego Odwołujący twierdził, że firma ta nie istnieje, przywołuje dowód złożony przez Odwołującego zawierający wykaz firmy zarejestrowanej w Australii ze znakiem handlowym Mosaic w nazwie, z którego wynika po pierwsze, że Mosaic jest powtarzającą się nazwą handlową, a po drugie, że firma Mosaic Enterprises istnieje, ponieważ jest pierwsza na liście wykazu.

Wskazuje, że w dokumencie załączonym do oświadczenia z 18 listopada 2011 r. – wyciąg ASIC na stronie 3 z 4 wskazano, że Mosaic Advisory and Capital Pty LTD jest „australijską spółką holdingową”, a więc w jej skład wchodzi różne podmioty i oświadcza, że omyłkowo w oświadczeniu z 18 listopada 2011 r. podał daną osobę jako prezesa spółki kapitałowej, podczas kiedy jest to prezes spółki holdingowej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 1 wskazuje, że osoby, które przygotowywały ofertę, nie są osobami ujętymi w wykazie osób, które będą realizowały zamówienie, a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie.

Oświadcza, że osoby ujęte w wykazie osób, które będą realizowały zamówienie nie wykonywały żadnych czynności w związku z przygotowaniem oferty.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Przystępujący zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert (w postępowaniu zostały złożone dwie oferty).

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, pomimo, że wykonawca który ją złożył podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Izba ustaliła, co następuje:

1. Odnosnie referencji podpisanej przez Johna H., w imieniu Le Brenne Consulting W ofercie Przystępującego, na stronie 19-20 i 23-24 i znajdują się listy referencyjne, wystawione przez Pana Johna H., w nagłówku których i przy podpisie wystawcy podano nazwę „Le Brenne Consulting Ltd”. Nie było zasadniczo sporne, że firma o takiej nazwie nie istnieje i nigdy nie istniała. Odwołujący twierdził, że powyższe wystarczy do stwierdzenia podstawy faktycznej do wykluczenia CILT w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający twierdził, że taka nieścisłość nie ma znaczenia dla oceny referencji. Przystępujący twierdził, że Le Brenne Consulting to marka, a użycie tej marki w treści listu referencyjnego to błąd ortograficzny.

Niewątpliwie istnieje grupa Le Brenne (użyto tej nazwy w treści SIWZ), i istnieje również firma Le Brenne Consultancy, z tym że została zarejestrowana 9 lutego 2010 r., a z referencji wynika, że prace były wykonywane w latach 2006-2010.

2. Odnosnie referencji podpisanej przez Phila C., w imieniu Mosaic Enterprises W ofercie Przystępującego, na stronie 21-22 i 25-26 i znajdują się listy referencyjne, wystawione przez Pana Phila C., w nagłówku których podano nazwę „Mosaic”, a przy podpisie wystawcy „Mosaic Enterprises”, natomiast w wykazie - „Mosaic Enterprises Ltd”. Przystępujący w oświadczeniu z dnia 18 listopada br. opisuje, raczej językiem potocznym, niż prawniczym, „relacje” pomiędzy poszczególnymi podmiotami, tłumacząc, że to firma Reid Cormie & Partners (RCP) była „dużą międzynarodową organizacją”, która realizowała

projekty dla National Australia Bank Group i Bradford & Bingley Bank, a przejęta została w 2009 r. przez WD Scott Pty LTD, „w której przez krótki czas Phil C. [osoba, która podpisała referencje] nadal pełnił rolę zarządzającego rynkiem brytyjskim i amerykańskim, a następnie przeszedł do Mosaic A&C którą wcześniej utworzył”.

Odwołujący wskazywał na niejako dwa aspekty nieprawdziwości informacji podanych w wykazie wykonanych usług i w dokumentach go potwierdzających: merytoryczny – poddawał w wątpliwość, że prace, na które wystawiono referencje, rzeczywiście zostały zrealizowane przez CILT (co miało wynikać z zestawienia kwot wynikających z wartości wykonanych prac z kwotami wynikającymi ze sprawozdania finansowego, zamieszczonego na oficjalnej stronie internetowej) oraz formalny, wynikający z użycia w treści referencji nazw firm nieistniejących.

Rzeczywiście Zamawiający nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający winien skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych i dokonać ustaleń, które ostatecznie rozstrzygną, czy wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Wydaje się, że zjawiskiem powszechnym jest, że treść dokumentów referencyjnych jest przygotowywana przez wykonawcę danej pracy, a zleceniodawca – po akceptacji treści referencji – podpisuje dokumenty, często nie kształtując samodzielnie ich treści. Jednak powyższe, choć co prawda może wyjaśniać powtarzające się błędy w referencjach załączonych do oferty CILT (przy założeniu, że to właśnie on przygotowywał treść tychże dokumentów), to nie usprawiedliwia omyłek tak daleko idących, że nie pozwalają one ustalić, jaki podmiot (o jakiej nazwie) był wykonawcą danej usługi. Nie jest sporne, że istnieje grupa Le Brenne (nazwa podana w SIWZ) i spółka holdingowa ze słowem „Mosaic”, niemniej jednak nie wyjaśnia to, kto wykonywał dane prace, którymi Przystępujący legitymuje się w wykazie. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Przystępującego, że to dana osoba, podpisująca się pod referencjami, gwarantuje ciągłość wykonywania działalności, a nie ma znaczenia, przy nazwie jakiej firmy się podpisuje. Poświadczenie wykonywania danej pracy (dokument potwierdzający, że usługa została wykonana należycie) jest składane przez osobę fizyczną, która potwierdza, że dana firma na rzecz określonego podmiotu wykonywała określone prace, dlatego ma odpowiednie doświadczenie. Istotne są wszystkie elementy takiego oświadczenia: zakres i daty wykonania usługi, skonkretyzowanie podmiotu wykonującego usługę i zleceniodawcy. Z treści referencji można się domyślać, że

zleceniodawca był niejako generalnym wykonawcą realizowanych zadań, a CILT – podwykonawcą, niemniej jednak nie wynika to z żadnych dokumentów (załączone do pisma Przystępującego z dnia 18 listopada br. oświadczenie Zagrebecka Banka potwierdza tylko współpracę pomiędzy bankiem a Le Brenne Consultancy Ltd, a nie precyzuje szczegółowo jej zakresu (przynajmniej nie w stopniu uszczegółowionym do poziomu szczegółowości wskazanego w referencjach załączonych do oferty CILT, ponadto w oświadczeniu mowa o „współpracy”, co jest pojęciem bardzo ogólnym). O ile same omyłki w nazwach firm, pojawiające się treści referencji można byłoby uznać za bez znaczenia, to w kontekście wartości wykonanych usług w połączeniu z kwotami ze sprawozdania finansowego i niespójnymi wyjaśnieniami Przystępującego (raz twierdził, że powtarzający się błąd to błąd ortograficzny na nieprawidłowo wydrukowanym papierze firmowym, a raz – że jest to marka różniąca się brzmieniem od nazwy firmy) należy uznać za budzące wątpliwości na tyle, że **Zamawiający powinien wszcząć procedurę, przewidzianą w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, i ustalić: na rzecz jakich podmiotów CILT wykonywał wymienione w spornych referencjach usługi (nazwy tych podmiotów powinny być tożsame z nazwami wymienionymi w wykazie wykonanych usług; powinny odpowiadać nazwom firm występujących w odpowiednich rejestrach, podmioty powinny istnieć – tj. być zarejestrowane – w czasie wykonywania usługi; referencje powinny być wystawione przez te podmioty bądź przez ich następców prawnych, a jeżeli wystawcą referencji jest następca prawny – powinna być wykazana również sukcesja prawna i jej zakres, uprawniający do posługiwania się referencjami).**

Ponieważ Zamawiający do tej pory zaniechał ustaleń w powyższym zakresie, a ustalenie powyższych okoliczności może mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie okazało się zasadne. Odwołujący co prawda na rozprawie precyzował inny zakres wezwania do uzupełnienia, ale Izba nie jest związana żądaniami odwołania, a jedynie zarzutami.

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, pomimo, że wykonawca który ją złożył posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co utrudnia uczciwą konkurencję

Izba ustaliła, co następuje: nie było sporne, że Panowie Rafał K. i Filip S. zostali wymienieni w „Wykazie osób”, przewidzianych do realizacji zamówienia, który to wykaz załączony został do oferty Przystępującego, a Pan John H. podpisał jedną z referencji; równocześnie wymienione wyżej osoby były autorami raportu metodologicznego, będącego częścią SIWZ.

Odwołujący o swoich wątpliwościach w odniesieniu do powyższych powiązań osobowych poinformował Zamawiając w dniu 17 października br., i Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienia w tym zakresie. Przystępujący pismem z dnia 20 października br. oświadczył, że przygotowując dokumentację przetargową korzystał z udostępnionych publicznie przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, własnej wiedzy i doświadczenia itd. Do Panów Rafała K. i Filipa Serdyńskiego zwrócił się na etapie przygotowywania oferty z zaproszeniem do udziału w projekcie, jeżeli uzyska zamówienie, oczekując, że osoby, o których wiedział, że są współautorami projektu metodologicznego, będą prowadziły nadzór autorski nad realizacją przedmiotu zamówienia. W żaden sposób osoby te nie były natomiast zaangażowane w przygotowanie oferty.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Do zaistnienia tejże podstawy wykluczenia muszą więc łącznie zaistnieć dwie przesłanki:

- wykonywanie bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,
- udział tych wykonawców w postępowaniu musi utrudnić uczciwą konkurencję.

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego okoliczność, że określone osoby, które przygotowywały SIWZ, są ujęte w wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia nie jest tożsama z posługiwaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w wykonywaniu bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Nie wykazano bowiem, że osoby z wykazu przygotowywały ofertę merytorycznie, a Przystępujący oświadczył, że będą dopiero zatrudnieni na etapie realizacji zamówienia – oświadczenie to potwierdzało informację wynikającą z wykazu. Brak jakiegokolwiek dowodu, że osoby te przygotowywały podlegającą ocenie część oferty.

Również okoliczność, że Pan John H. przygotowywał ofertę nie została wykazana – nie przesądza o tym okoliczność, że podpisał się pod referencjami załączonymi do oferty CILT. Zamawiający trafnie na rozprawie zauważył, że akceptacja stanowiska, iż osoba, która wystawiła referencję, również przygotowywała ofertę, uniemożliwiłaby każdorazowo udział w kolejnym postępowaniu u tego samego zamawiającego – wystawcy referencji.

Po drugie, Odwołujący nie wykazał ewentualnej przewagi konkurencyjnej Przystępującego – mianowicie nie wskazał, ile punktów w kryterium innym, niż cena, powinien uzyskać, gdyby nie zachwianie uczciwej konkurencji. Niezależnie od kryterium

„Jakość realizacji zamówienia”, i tak oferta Przystępującego była tańsza, więc nawet równa (czy nawet wyższa) ilość punktów w kryterium innym, niż cena, nie spowodowałyby, że Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych Izba uznała za nieudowodniony, a zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – za niemożliwy do stwierdzenia na tym etapie postępowania, bez uprzedniego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....