

Sygn. akt: KIO/UZP 566/10

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o., 00-310 Warszawa, ul. Bednarska 7 i Kantor Management Consultants S.A., ul. Omirou & Vissarionos 1, 106 72 Ateny, Grecja (adres do korespondencji: 00-310 Warszawa, ul. Bednarska 7)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36/ul. Wspólna 6, 00-522 Warszawa** protestu z dnia 19 marca 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36/ul. Wspólna 6, 00-522 Warszawa** 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 uiszczzonego przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o., 00-310 Warszawa, ul. Bednarska 7 i Kantor Management Consultants S.A., ul. Omirou & Vissarionos 1, 106 72 Ateny, Grecja,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36/ul. Wspólna 6, 00-522 Warszawa** na rzecz wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o., 00-310 Warszawa, ul. Bednarska 7 i Kantor Management Consultants S.A., ul. Omirou & Vissarionos 1, 106 72 Ateny, Grecja**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) 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 ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o., 00-310 Warszawa, ul. Bednarska 7 i Kantor Management Consultants S.A., ul. Omirou & Vissarionos 1, 106 72 Ateny, Grecja**.

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

Ministerstwo Skarbu Państwa w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług dla Ministerstwa Skarbu Państwa w procesach sprzedaży akcji/udziałów Spółek (5 PKS-ów z województwa świętokrzyskiego): Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Busku Zdroju S.A. (zwaną dalej „Spółką nr 1”); Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Jędrzejowie S.A. (zwaną dalej „Spółką nr 2”); Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Końskich S.A. (zwaną dalej „Spółką nr 3”); Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Ostrowcu Świętokrzyskim S.A. (zwaną dalej „Spółką nr 4”); Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Staszowie Sp. z o.o. (zwaną dalej „Spółką nr 5”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 24 grudnia 2009 r., nr 2009/S 248-356470.

W dniu 11 marca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Kantor Management Consultants S.A. z siedzibą w Atenach – Grecja, zwanego dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podnosząc iż Odwołujący w uzupełnionym dokumencie wskazał, iż Pan Evangelos P.

brał udział w doprowadzeniu do umowy sprzedaży akcji w wyniku uprzednio przeprowadzonych negocjacji osobom trzecim podmiotu ESM o wartości transakcji 225 m Euro (978,75 m PLN), a podana kwota 225 m Euro (978,75 m PLN) nie może być odczytana jako wartość wyrażona w milionach.

Pismem z dnia 19 marca 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na działania i zaniechania Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz wnosząc o:

1. ponowne badanie i ocenę ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty,
3. wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp treści „Wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności”, zwanego dalej „Wykazem osób”,
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż z treści wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynikało, że Zamawiający kwestionuje sposób określenia wartości tej transakcji, poprzez użycie sformułowania „54 m Euro (234,9 m PLN) (...) 225 m Euro (978,75 m PLN)”, zamiast odpowiednio, np.: „54 000 000 Euro (234,9 miliona PLN)” (...) 225 000 000 Euro (978,75 milionów PLN)”, podnosząc następnie, iż Zamawiający powinien wprost wskazać, iż użyte przez Odwołującego sformułowanie nie jest dla niego zrozumiałe, lub, że uznaje, że tego sformułowania brakuje. Wezwanie, dokonane w sposób jaki to uczynił Zamawiający, wprowadziło Odwołującego w błąd co do zakresu żądanych informacji.

Pismem z dnia 24 marca 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż z uzupełnionego przez Odwołującego wykazu nie można odczytać spełnienia warunku wartości transakcji określonej przez Zamawiającego. Podana przez Odwołującego wartość „54 m Euro (234,9 m PLN) (...) 225 m Euro (978,75 m PLN)” nie może być odczytana jako wartość wyrażona w milionach.

Jednocześnie wskazał, iż wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w sposób precyzyjny i jednoznaczny podał jaki warunek udziału nie został potwierdzony, podnosząc iż fakt podkreślenia niektórych wyrazów nie ma większego znaczenia, gdyż powtórzono w całości treść warunku opisanego w SIWZ. Natomiast dokumenty i oświadczenia, na podstawie których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie mogą rodzić wątpliwości interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia

Odwołujący, pismem z dnia 3 marca 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 4 marca 2010 r.) przekazał „dokument potwierdzający dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zawierający informacje, iż Wykonawca dysponuje, co najmniej dwoma osobami, które doprowadziły samodzielnie lub wraz ze sprzedawcą do zawarcia umowy sprzedaży osobom trzecim udziałów spółki, w wyniku przeprowadzonych uprzednio negocjacji, przy czym wartość przeprowadzonej transakcji nie była mniejsza niż 15 000 000 złotych netto. W załączonym dokumencie „Potencjał kadrowy” w tabeli pod pozycją 3 wpisano Pana Evangelos P., wskazując w zakresie jego doświadczenia m.in. „udział w doprowadzeniu do umowy sprzedaży akcji w wyniku uprzednio przeprowadzonych negocjacji osobom trzecim podmiotu ESM o wartości transakcji 225 m Euro (978,75 m PLN)”.

Zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawców, „którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty (...) zawierające błędy, do ich uzupełnienia (...)”. Przepis ten ma charakter wyjątkowy i pozwala wyłącznie na jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu. Niemniej jednak Izba stoi na stanowisku, co jest niewątpliwie zgodne z utrwaloną już linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, iż ponowne wezwanie jest możliwe w stosunku do innych okoliczności, wcześniej nie badanych, jak i niepodnoszonych przez Zamawiającego, a zawartych w dokumencie, do uzupełnienia którego wykonawca był już wezwany.

W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwym jest, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, a co wynika z treści wezwania skierowanego do Odwołującego, iż w przedmiotowym wezwaniu Zamawiający powołał się na pełną treść warunku dotyczącego doświadczenia osób legitymowanych do realizacji zamówienia, cytując ją w wezwaniu. Zamawiający uwypuklił w treści cytowanego wezwania w istocie jeden brak (brak sformułowania „w wyniku uprzednio przeprowadzonych negocjacji”), poprzez jego podkreślenie, co faktycznie mogło spowodować i spowodowało, jak podkreślał Odwołujący na rozprawie, wprowadzenie go w błąd co do zakresu uzupełnienia. Kwestionowany zakres dokumentu, w ocenie Izby powinien być w wezwaniu zostać wskazany, czego Zamawiający nie uczynił.

Odwołujący bowiem w dokumencie „Potencjał kadrowy” złożonym w załączeniu do oferty zawarł już zapis „54 m Euro (234,9 m PLN” (...) 225 m Euro (978,75 m PLN)”, który nie był wcześniej kwestionowany, a który stał się później podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym Izba uznała, iż z uwagi na brak wyraźnego wskazania w wezwaniu braków ujawnionych w treści dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym będącego podstawą późniejszego wykluczenia

Odwołującego z postępowania, Zamawiający w tym ograniczonym zakresie zobowiązany jest wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia.

Izba dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast Izba nie stwierdziła naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym niemożliwym jest poprawienie zapisu „54 m Euro (234,9 m PLN” (...) 225 m Euro (978,75 m PLN)” w dokumencie składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zmiana ta byłaby dokonana w treści oświadczeń i dokumentów składanych w myśl art. 25 ust. 1 ustawy Pzp . Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy natomiast poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści oferty.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

.....

.....