

WYROK

dnia 19 maja 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie, w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19.05.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez ComArch S.A z siedzibą w Krakowie

od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego 4system Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze protestu z dnia 23.04.2008r.

przy udziale wykonawcy Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „GALAXY” z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

I. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

II. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i nakazuje:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez ComArch S.A z siedzibą w Krakowie
2. dokonać wpłaty kwoty 7.664 zł. (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez Zamawiającego na rzecz ComArch S.A z siedzibą w Krakowie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego, w tym koszty zastępstwa prawnego
3. dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ComArch S.A z siedzibą w Krakowie

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez 4system Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze na „Dostawę wyposażenia 379 centrów kształcenia na odległość na wsiach – urządzenia przeznaczone dla osób niepełnosprawnych” wykonawca ComArch S.A z siedzibą w Krakowie w dniu 23.04.2008r. wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu w dniu 17.04.2008r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechaniu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 20.03.2008r. wniesionego przez Wykonawcę - GALAXY Jacek Michalski.

Zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie jest obarczone wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy.
- naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie wniósł o: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp).

Zamawiający w dniu 29.04.2008r. oddalił protest w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniósł, że braki w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt. 5 pzp) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt. 7 pzp) powodują naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i ograniczenie uczciwej konkurencji, przez ograniczenie dostępu do rynku podmiotom zainteresowanym postępowaniem ale w skutek jego wad, rezygnującym z udziału w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Zamawiający podniósł, że SIWZ w pkt. 1.8 zawiera w prawdzie opis wymaganych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie zawiera opisu sposobu oceny ich spełnienia, definicji wymagań jakie będą oceniane na podstawie treści dokumentów żądanych od wykonawców na potwierdzenie spełnienia tychże warunków. Nie jest w takiej sytuacji możliwe stwierdzenie czy dany wykonawca spełnia warunek w zakresie zdolności ekonomicznej do realizacji zamówienia, skoro Zamawiający zażądał wyłącznie dostarczenia sprawozdania finansowego bez wskazania jakie dane z tego sprawozdania mają stanowić o spełnieniu wymaganego warunku. W ocenie Zamawiającego nie miał również prawa żądać od dostawców certyfikatu ISO na potwierdzenie jakości przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że jego działania wyczerpywały dyspozycję art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp. i z tego powodu unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca ComArch S.A z siedzibą w Krakowie w dniu 05.05.2008r. złożył odwołanie i jednocześnie przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 Pzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji:

- art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że nie jest obarczone wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy.

- art. 7 ust. 1 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i stosowanie nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniósł, o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że ostateczne jest rozstrzygnięcie protestu Wykonawcy – GALAXY Jacek Michalski z dnia 31.03.2008r., według którego Zamawiający postanowił dokonać ponownej oceny i wyboru ofert. W ocenie Odwołującego bezpodstawne jest unieważnienie postępowania przez Zamawiającego, ponieważ nie jest ono dotknięte takimi wadami, które uniemożliwiłyby zawarcie ważnej umowy. Nie zaistniała w szczególności żadna z przesłanek z art. 146 pzp. Wskazał, że żaden z wykonawców nie podnosił w stosownym czasie zarzutów wobec treści Ogłoszenia i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał związku pomiędzy rzekomym naruszeniem przez niego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych a wynikiem postępowania, zgodnie z którym wybrana została oferta złożona z najniższą ceną spośród wszystkich wykonawców (art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 19.05.2008r. przystąpił Wykonawca GALAXY Jacek Michalski, uprzednio przystępując w określonym terminie do postępowania protestacyjnego. Wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu przystąpienia wykazał swój interes prawny tym, że w razie uwzględnienia odwołania wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi na rzecz Odwołującego. Tymczasem, w ocenie przystępującego przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest takimi wadami, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy. Ogłoszenie o zamówieniu i Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do czego Zamawiający był zobligowany na podstawie art. 36 ust. 1 pkt. 5 pzp.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Zamawiający podniósł, że decyzja o unieważnieniu postępowania została podjęta z ostrożności, celem zweryfikowania przez niezależny organ, czy popełnione w przedmiotowym postępowaniu błędy mogą skutkować niemożnością zawarcia z wybranym wykonawcą ważnej umowy, w konsekwencji cofnięciem środków dotacji unijnej.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z dnia 17.04.2008r. Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wyposażenie 379 centrów kształcenia na odległość na wsiach – z przeznaczeniem dla osób niepełnosprawnych, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.01.2008r. W treści uzasadnienia decyzji wskazał, że w rozdziale III.2.1 Ogłoszenia oraz w pkt. 1.8 SIWZ określone zostały warunki udziału w postępowaniu bez opisu sposobu oceny ich spełnienia, poza warunkiem doświadczenia. Na stronach 7 i 8 Ogłoszenia oraz w pkt. 3.3

SIWZ zawarty został wykaz dokumentów, jakich wymagał od wykonawców Zamawiający. W określeniu warunku opisanego w pkt. 1.8.1 SIWZ nie wskazano jakich uprawnień i na jakiej podstawie żąda Zamawiający od wykonawców, ani nie określono co będzie przedmiotem oceny spełnienia tego warunku. W warunku zawartym z pkt. 1.8.3 SIWZ nie określono natomiast jaką i czym mierzoną sytuację ekonomiczną wykonawcy uzna za odpowiadającą jego wymaganiom, nie ustalił też jakie elementy (informacje) z żądanego w pkt. 3.3.7 sprawozdania finansowego zamierza wykorzystać do oceny zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Zawarł również wymóg złożenia przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia dokumentu określonego w pkt. 3.3.5 SIWZ w postaci „Zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się zaświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, potwierdzające, że wykonawca posiada wdrożony system zarządzania jakością oraz system zarządzania środowiskowego, oparty na uznanych normach np. ISO 9001 i ISO 14001 lub równoważnych”, podczas gdy rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. – w spr. rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie zawiera takiego dokumentu w katalogu, stanowiącym zbiór zamknięty. Zdaniem Zamawiającego powielenie przez niego w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści art. 22 pzp bez zapisów precyzujących warunki udziału w postępowaniu, stanowi wadę tego postępowania, powodującą konieczność jego unieważnienia.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło czterech, indywidualnych wykonawców. Żadna z ofert nie została przez Zamawiającego odrzucona, a wykonawca wykluczony z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W toku postępowania od żadnego z wykonawców nie wpłynął protest na treść Ogłoszenia o zamówieniu, ani na treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dowód: oświadczenia pełnomocników stron złożone na rozprawie, dokumentacja postępowania – zawiadomienie o wyniku postępowania).

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest zasadne i jako takie podlega uwzględnieniu.

Przywołana przez Zamawiającego podstawa do unieważnienia postępowania z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp i art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp wymaga wykazania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i wada tego postępowania skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy.

Przyczyny powyższe powinny wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy na przedmiot zamówienia. Jakiegokolwiek błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują tym samym niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą, nie prowadzą do unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania jest bowiem decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki w sytuacji tak zamawiających, jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko.

Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w istocie dopuścił się błędu w postaci zamieszczenia wymogu dołączenia do oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (konsorcjum) certyfikatu typu ISO lub równoważnego, potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością oraz systemu zarządzania środowiskowego, przez każdego z wykonawców oddzielnie (pkt. 3.5, pkt. 3.4.2 SIWZ). Jeżeli Zamawiający uznał, że wylegitymowanie się przez wykonawcę stosownym zaświadczeniem

jest celowe dla gwarancji należytego wykonania przedmiotu umowy, jakim jest dostawa urządzeń wymagających stosownych certyfikatów jakości i bezpieczeństwa, powinien taki wymóg adresować do konsorcjum, a nie do poszczególnych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Jednakże, zamieszczenie przedmiotowego wymagania w treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miało w rzeczywistości wpływu na jego wynik, ponieważ w postępowaniu nie brał udziału żaden wykonawca ubiegający się wspólnie z innymi wykonawcami o udzielenie zamówienia. Zatem, nie został naruszony interes faktyczny lub prawny żadnego z wykonawców zainteresowanych udzieleniem przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, zamieszczenie zakwestionowanego przez Zamawiającego wymogu w treści Ogłoszenia o zamówienia i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadziło do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp.

Odnosząc się do postawionego wykonawcom warunku podmiotowego w pkt. 1.8.3 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, Izba zważyła, że warunek ten powinien być uszczegółowiony, jeżeli Zamawiający zażądał złożenia dokumentu na potwierdzenie jego spełnienia w postaci sprawozdania finansowego, opinii biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu, innego dokumentu potwierdzającego obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (pkt. 3.3.7 SIWZ). Należy zatem domniemywać, że skoro Zamawiający zażądał dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia, to jego intencją było uszczegółowienie tego warunku. Bezspornym jest natomiast, że wymóg złożenia dokumentów opisanych w pkt. 3.3.7 SIWZ jest niewystarczający dla zweryfikowania postawionego warunku. Zamawiający powinien był wskazać co rozumie przez sytuację ekonomiczną i finansową, która w jego ocenie dawałaby gwarancję należytego wykonania zobowiązania. Jednakże, w sprawie będącej przedmiotem postępowania, brak dookreślenia tego warunku nie wpływa na wynik postępowania. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli stosowne oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ oraz przedstawili stosowne sprawozdania finansowe, opinie biegłych rewidentów oraz inne dokumenty mające świadczyć o ich kondycji ekonomicznej i finansowej, a Zamawiający nie wykluczył żadnego z tych wykonawców i nie odrzucił oferty na tej podstawie, że nie został spełniony warunek podmiotowy. Zamawiający mógł zatem oprzeć się na oświadczeniu złożonym przez Wykonawców o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, nie zaistniały przesłanki z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp do unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 2 pkt. 2 pzp nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i orzekła jak w pkt. I wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....