

Sygn. akt: KIO 1617/10

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SMG/KRC Poland Media S.A., 02-797 Warszawa, ul. Nowoursynowska 154a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83**

przy udziale **Konsorcjum firm: ECORYS Polska Sp. z o.o., PBS DGA Sp. z o.o., 00-845 Warszawa, ul. Łucka 2/4/6; Konsorcjum firm: PSDB Sp. z o.o., WYG International Sp. z o.o., 00-825 Warszawa, ul. Sienna 64 oraz Pentor Research International S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18b** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża SMG/KRC Poland Media S.A., 02-797 Warszawa, ul. Nowoursynowska 154a

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SMG/KRC Poland Media S.A., 02-797 Warszawa, ul. Nowoursynowska 154a.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nowe podejście do zamówień publicznych – projekt badawczy”.

Pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania w ramach części pierwszej. Jako najkorzystniejszą zamawiający wskazał ofertę wykonawcy Pentor Research International S.A. z siedzibą w Warszawie. Ponadto zamawiający m.in. wykluczył z postępowania wykonawcę SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie. Jako podstawę wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. podnosząc, iż przesłane w następstwie wezwania do uzupełnienia dokumenty dotyczące kierownika projektu, eksperta ds. innowacyjności oraz specjalisty do spraw zamówień publicznych, a także eksperta do spraw badań jakościowych nie zostały opatrzone datą, co oznacza, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert. Zamawiający podniósł, iż z treści przesłanych dokumentów domniemywać jedynie można, że wykonawca wykazuje spełnianie warunków na dzień 25 czerwca 2010 r. ponieważ taką datą oznaczone jest pismo przewodnie przekazujące te dokumenty.

Od takiej czynności pismem z dnia 30 lipca 2010 r. odwołanie złożył wykonawca SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. polegające na nierównym traktowaniu wykonawców;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. polegające na nieuprawnionym przyjęciu, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji błędnym uznaniu, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta podlega odrzuceniu;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. polegające na wyborze - w zakresie części I postępowania – jako najkorzystniejszej oferty zawierającej ceną wyższą niż oferta odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w zakresie części I postępowania oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty złożonej przez Pentor Research International S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w zakresie części I postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w tym zakresie, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2a ustawy p.z.p. treść uzupełnianych dokumentów ma potwierdzać w sposób nie budzący wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu były spełnione najpóźniej w dniu składania ofert. Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem zamawiającego jest analizowanie treści uzupełnianych dokumentów pod kątem aktualności a dopiero gdy z treści dokumentów nie można wyciągnąć wniosku co do spełniania warunków – warunek taki uznać za niespełniony. W ocenie odwołującego przypuszczenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu na dzień 25 czerwca 2010 r. nie może być podstawą wykluczenia z postępowania. Odwołujący podniósł, iż w dniu 25 czerwca 2010 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia uszczegółowiając opis zamkniętych w przeszłości projektów, zgłoszonych już w dniu składania ofert. W punktach, które mogłyby budzić wątpliwości, dodatkowo w treści opisu opatrzył datą wykonywania wskazane projekty. W ocenie odwołującego, żadne z wyjaśnień nie pozwalało przypuszczać jakoby mogło ono nabrać mocy dopiero w okresie między terminem składania ofert a dniem składania wyjaśnień. Odwołujący nie składał dokumentacji, która mogłaby powstać po terminie składania ofert, ani nie uzupełniał informacji o kwalifikacjach osób. Ponadto odwołujący wskazywał, iż zamieszczona na początku jego pisma treść „dotyczy przetargu nieograniczonego na zamówienie – Nowe podejście do zamówień publicznych – projekt badawczy część I, II oraz III, p/886/16/2009” nie pozostawia wątpliwości, iż zawarta w nim treść odnosi się do stanu na dzień składania ofert. Odwołujący podniósł, iż składając uzupełnienie dokumentacji ofertowej oraz swoje wyjaśnienia, przekonany był, że zamawiający potraktuje te dokumenty nie inaczej jak łącznie z wcześniej złożoną dokumentacją. Odwołujący podkreślał, iż okoliczności, które potwierdzać miały przedstawione

dokumenty, stanowiące załącznik nr 3, 4 oraz 4a do SIWZ, były niezmiennie zarówno w dacie, w której upływał termin składania ofert jak i w dacie przesłania uzupełnienia dokumentacji wraz z wyjaśnieniami. Odwołujący podniósł ponadto, iż ani z treści ustawy, ani z treści pouczenia zawartego w wezwaniu do uzupełnienia nie wynikało, jakiego sposobu wykazania spełniania warunków na dzień składania ofert oczekiwał zamawiający.

Do postępowania odwoławczego, pismem z dnia 4 sierpnia 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pentor Research International S.A. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PSDB Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz WYG International Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Ponadto pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r., swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ecorys Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz PBS DGA Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie wnosząc o jego oddalenie, jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Nowe podejście do zamówień publicznych – projekt badawczy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2010 r. pod numerem 2010/S 30-042986.

Zamawiający podzielił zamówienie na trzy części.

Zgodnie z § 5a SIWZ wykonawcy w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu winni byli wykazać się m.in., iż dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: co najmniej 5 osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, w tym m.in. ekspertem ds. zamówień publicznych, który:

- jest autorem lub współautorem co najmniej 5 publikacji z zakresu udzielania zamówień publicznych, przygotowanych w ostatnich 3 latach przed dniem składania ofert, każda o wielkości nie mniejszej niż 8000 znaków ze spacjami;
- uczestniczył w roli eksperta ds. zamówień publicznych w co najmniej jednym projekcie doradczym lub badawczym związanym z analizą aspektów prawnych w procedurach zamówień publicznych, zrealizowanym w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert;
- przeprowadził, w ciągu ostatnich 2 lat przed dniem składania ofert 5 szkoleń dla zamawiających lub wykonawców z zakresu zamówień publicznych.

Pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p. do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia bądź wyjaśnienia:

- 1) w zakresie kierownika projektu – „opisu doświadczenia Izabeli A poprzez wskazanie wartości projektów przedstawionych w załączniku nr 4 lub też wskazanie innego kierownika projektu spełniającego warunki określone w SIWZ”;
- 2) w zakresie eksperta ds. zamówień publicznych – „czy publikacje Pawła G wskazane w wykazie pozycjach nr 2-5 (str. 71-72 oferty), zostały przygotowane zgodnie z SIWZ w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert. Proszę o uzupełnienie publikacji lub skazanie inne publikacji spełniającej powyższy warunek lub wskazanie innego eksperta spełniającego warunki określone w SIWZ”;
- 3) w zakresie eksperta ds. innowacyjności – „w opisie doświadczenia Katarzyny P wykonawca posługuje się pojęciem „udział”. Czy zamawiający ma rozumieć, że „udział w konstrukcji (...) raportu końcowego”, oznacza, że Katarzyna P była współautorem raportów z badań? Proszę o uzupełnienie opisu badań lub przedstawienie nowych badań spełniających powyższy warunek lub wskazanie innego eksperta spełniającego warunki określone w SIWZ”;
- 4) w zakresie eksperta posiadającego doświadczenie w analizie danych jakościowych – „uzupełnienie opisu badań lub przedstawienie nowych badań spełniających określone warunki lub wskazanie innych ekspertów spełniających warunki określone w SIWZ”.

W treści pisma zamawiający pouczył wykonawcę, iż złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w

którym upłynął termin składania ofert. W wykonaniu wezwania wykonawca, w wyznaczonym terminie, przedstawił nowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wskazując jednocześnie nowego eksperta ds. zamówień publicznych – Andrzeja P.

Pismem z dnia 21 lipca 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części I, informując jednocześnie, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. wykluczył z postępowania wykonawcę SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, iż przesłane dokumenty dotyczące kierownika projektu, eksperta ds. innowacyjności oraz eksperta ds. zamówień publicznych, a także eksperta ds. badań jakościowych nie zostały opatrzone datą, co oznacza, iż wykonawca nie wykazuje spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert.

Czynność ta leży u podstawy postępowania odwoławczego.

W trakcie rozprawy zamawiający zmodyfikował swoje stanowisko, wycofując uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oparte na niespełnianiu warunku dysponowania następującymi osobami o wymaganiach określonych przez zamawiającego: kierownikiem projektu, ekspertem ds. innowacyjności oraz ekspertem ds. badań jakościowych. Podstawę wykluczenia zamawiający oparł o fakt, iż wykonawca SMG/KRC Poland Media S.A. z siedzibą w Warszawie, nie wykazał spełniania warunku dysponowania osobą eksperta ds. zamówień publicznych nie później niż w dniu składania ofert.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. poprzez przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba nie podzieliła

argumentacji odwołującego. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, iż Prawo zamówień publicznych jednoznacznie reguluje kwestię terminu, na jaki wykonawca zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy p.z.p. wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p. Oznacza to, iż ciężar wykazania spełniania wymogów postawionych przez zamawiającego na dzień określony w ustawie p.z.p. ciąży na wykonawcy, a niezłożenie tych dokumentów, powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. W przedmiotowej sprawie zamawiający zastosował dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Odwołujący przedkładając w następstwie wezwania do uzupełnienia nowe dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wykazał w nich, na jaki moment potwierdzają one te warunki. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, iż zwroty w piśmie przewodnim: „dotyczy przetargu nieograniczonego na: Nowe podejście do zamówień publicznych projekt badawczy – część I, II oraz III”, p/886/16/2009. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przesyłamy(...)”, potwierdzają, iż odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu już w terminie składania ofert. Nie potwierdza tego również fakt złożenia uzupełnionych dokumentów w takiej samej formie tj. na załącznikach określonych w SIWZ. Bez wątplenia uzupełniane dokumenty i oświadczenia mogą być składane z datą późniejszą niż termin składania ofert, jednakże z ich treści musi jednoznacznie wynikać moment, na który zostały one wystawione lub poświadczają określone okoliczności, nie późniejsze niż termin składania ofert. Przedkładając uzupełnione dokumenty dotyczące eksperta do spraw zamówień publicznych odwołujący wskazał nową osobę oświadczając jednocześnie, iż dysponuje tą osobą na podstawie niezależnej umowy o współpracę. Jak stwierdziła Izba z treści uzupełnionego dokumentu nie wynika w żaden sposób, na jaki moment odwołujący dysponował ekspertem ds. zamówień publicznych i w konsekwencji czy w całości spełniał warunek określony w § 5a ust. 1 pkt 3 SIWZ nie później niż na dzień składania ofert. Jak już wcześniej Izba stwierdziła, ciężar dowodu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert spoczywa na wykonawcy. W przedmiotowej sprawie odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie podjął próby wykazania, iż spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Izba nie znalazł podstaw do zastosowania przez zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym przepisu art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. Izba stoi na stanowisku, iż wyjaśnienie treści wykazu osób poprzez uzupełnienie tego wykazu o datę dysponowania osobą eksperta ds. zamówień publicznych byłoby powtórным uzupełnieniem tego samego dokumentu, co w świetle obowiązujących

przepisów, jest niedopuszczalne. Biorąc pod uwagę stanowisko Izby odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. brak jest również podstaw do uznania zasadności zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 jak też art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....