

Sygn. akt KIO 969/10

**WYROK**  
z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 maja 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBS DGA Sp. z o.o., Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., ul. Junaków 2, 81-812 Sopot** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach, ul. Kościuszki 30, 40-048 Katowice**.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie odwołującego do postępowania o udzielenie zamówienia,**

**2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach, ul. Kościuszki 30, 40-048 Katowice**

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

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBS DGA Sp. z o.o., Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., ul. Junaków 2, 81-812 Sopot,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach, ul. Kościuszki 30, 40-048 Katowice** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBS DGA Sp. z o.o., Nizielski & Borys Consulting Sp. z o.o., ul. Junaków 2, 81-812 Sopot**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi badawcze (w trzech częściach).

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 12.03.2010 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 30.04.2010 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum w składzie: PBS DGA Sp. z o.o. i Nizielski&Borys Consulting Sp. z o.o. (zwanym dalej „Konsorcjum”) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 13.05.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W dniu 21.05.2010 Konsorcjum wniosło odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust 1 pkt 5) ustawy poprzez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 91 ust. 1 ustawy polegające na wyborze - w zakresie Części I, II i III przedmiotowego zamówienia – jako najkorzystniejszej oferty zawierającej cenę wyższą niż oferta odwołującego,
4. art. 26 ust. 3 ustawy polegające na wezwaniu odwołującego pismem z dnia 30 kwietnia 2010 roku:
  - a) do przedstawienia dokumentów, których obowiązek przedstawienia nie wynikał z pkt 7.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „siwz”);
  - b) do przedstawienia dokumentów, które nie są objęte Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 roku, Nr 226, poz. 1817) (zwane dalej „rozporządzenie”);

- c) w sposób nieprecyzyjny i budzący wątpliwości oraz w sposób odmienny aniżeli wezwano SMG KRC, tj. wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum podniosło, iż zgodnie z żądaniem pkt 7.2 siwz, przedstawiło wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponowało 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. W tym zakresie odwołujący do oferty dołączył Załącznik nr 4 zgodny ze wzorem wymaganym przez zamawiającego. Jednocześnie, w rezultacie ww. wezwania zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2010 roku, odwołujący dołączył do oferty życiorysy osób będących specjalistami w ramach realizacji zamówienia, z których jednoznacznie wynikało (z podanych tam informacji), że wskazane osoby posiadają doświadczenie wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że żaden fragment siwz nie zobowiązywał wykonawców do przedstawienia tzw. referencji indywidualnych dla osób, które przewidział do wykonania zamówienia, tzn. dokumentów potwierdzających zakres oraz należyte wykonanie prac w ramach danych projektów przez te osoby. Natomiast informacje przedstawione przez Konsorcjum dokładnie odpowiadają wymaganiom siwz oraz potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu w referowanym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż w żadnym razie z treści pkt 7.2 czy Załącznika nr 4 stanowiącego wzór wykazu osób nie wynikał obowiązek przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających ich doświadczenie. Powyższe nie wynikało również z wyjaśnień z dnia 16.04.2010 r. dotyczących treści siwz, gdzie zamawiający określił, iż w celu udokumentowania doświadczenia badawczego należy przedstawić poświadczenie o należyтым wykonaniu zleconych badań. Wobec nie określenia przez zamawiającego, że odpowiedź ta dotyczy załącznika nr 4, czy też doświadczenia badawczego osób, które będą wykonywać zamówienie, powyższe wymaganie można było odnieść do ogólnego doświadczenia badawczego wykonawcy, odnośnie którego został również sformułowany oddzielny warunek udziału w postępowaniu.

W wezwaniu z dnia 30.04.2010 r zamawiający wezwał odwołującego do przedstawienia „dokumentów potwierdzających doświadczenie badawcze osób wymienionych w załączniku nr 4” (pkt 5 tegoż pisma), przy czym zamawiający nie sprecyzował jakiego rodzaju to ma być dokument, przez kogo wystawiony i jaką treść ma zawierać. W rezultacie tego wezwania odwołujący przedłożył dokumenty wymagane w siwz (załącznik nr 4, życiorysy zawodowe specjalistów, kopie publikacji).

Ponadto zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przekroczył swoje uprawnienia określone w

rozporządzeniu, które zawiera enumeratywną listę dokumentów, które może żądać zamawiający od wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, względnie o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, iż odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art 189 ust 2 pkt. 3 Pzp (wniesione z uchybieniem terminu) jako odnoszące się właściwie do postanowień siwz, które były wykonawcom znane – w zakresie, do którego odnosi się odwołanie od dnia 16.04.2010, gdy zamawiający sprecyzował obowiązek przedstawienia dokumentu potwierdzającego doświadczenie badawcze trzech osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia w postaci „poświadczenia o należyтым wykonaniu zleconych badań” przez te osoby.

Odwołujący formułuje bowiem zarzut, że po pierwsze żądanie takiego dokumentu nie wynika z treści siwz, a po drugie, że zamawiający nie miał prawa żądać takiego dokumentu w świetle przepisów rozporządzenia, co miałyby skutkować brakiem obowiązku przedstawienia tego dokumentu. Wszystkie pozostałe zarzuty są niejako konsekwencją powyższych i oscylują wokół rzeczonego dokumentu. Wobec bezspornego faktu, że dokumentu tego odwołujący ostatecznie nie złożył w stosunku do 2 osób wskazanych w zawiadomieniu o wynikach postępowania, decydującym dla sprawy staje się uznanie, że wobec braku zaskarżenia przez wykonawców odpowiednich postanowień siwz dotyczących obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie badawcze osób, zamawiający zobligowany był żądać tego typu dokumentów pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Niezależnie od powyższego zamawiający podniósł, iż wymagania siwz w zakresie żądanych dokumentów były jasne. Nie zachodzą żadne wątpliwości, iż wyjaśnienia z dnia 16.04.2010 dotyczące dokumentu stanowiącego poświadczenie o należyтым wykonaniu zleconych badań odnoszą się wyłącznie do stanowiącego Załącznik Nr 4 do siwz - wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a więc jako kategoria ogólna dla wymagań w stosunku do:

- a) specjalisty w zakresie zarządzania projektami - doświadczenie wynikające z zrealizowania co najmniej dwóch projektów,
- b) specjalisty o znajomości rynku pracy - wykonanie co najmniej trzech badań odnoszących się do rynku pracy, oraz
- c) recenzenta, niezależnego eksperta - pięcioletnie doświadczenie w prowadzeniu badań społecznych lub badań rynku pracy 1 dorobek naukowy związany z przedmiotem raportu.

Ww. wyjaśnienia posługują się wyrażeniem „doświadczenie badawczy”, które w całej siwz używane jest tylko w jednym miejscu i kontekście – w załączniku nr 4 odnoszącym się do osób.

Ponadto domniemywać można, iż sam odwołując treść siwz i stanowiące jej część wyjaśnienia zamawiającego zrozumiał właściwie, skoro w odniesieniu do jednej z osób, p. Małgorzaty Gawryckiej, przedstawił dokument „poświadczający o należyтым wykonaniu zleconych badań”. Tym samym, skoro w odpowiedzi na wezwanie odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów, zamawiający prawidłowo dokonał jego wykluczenia z postępowania.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W ramach opisu warunków udziału w postępowaniu, w ramach wymagań odnośnie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający w siwz wymagał:

- w pkt 6.1.3.1 specjaliści w zakresie zarządzania projektami z doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch projektów,
- w pkt 6.1.3.2 specjaliści o znajomości rynku pracy, który wykonał co najmniej trzy badania odnoszące się do rynku pracy,
- w pkt 6.1.3.5 recenzenta o 5-letnim doświadczeniu w prowadzeniu badań społecznych.

W ramach żądanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odnośnie powyższych warunków, zamawiający w pkt 7.2 siwz wymagał przedłożenia wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które uczestniczyć będą w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Wzór takiego wykazu zamawiający przedstawił w załączniku nr 4 do siwz zatytułowanym „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”. W kolumnie nr 5 wykazu pt. „Doświadczenie badawcze” należało podać zrealizowane projekty-badania. Natomiast pod tabelą dopisano „Sposób wypełnienia kolumny 5 – udział w badaniach-projektach – załączone dokumenty oznaczyć 5/1.1

W wyjaśnieniach z dnia 16.04.2010 r. dotyczących treści siwz na pytanie „Jakie dokumenty/zaświadczenia są wymagane dla udokumentowania doświadczeń badawczych”?, zamawiający odpowiedział: „Dokumentem potwierdzającym doświadczenie badawcze będzie poświadczenie o należyтым wykonaniu badań”.

W wezwaniu z dnia 30.04.2010 r. skierowanym do odwołującego, zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał m.in. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie badawcze osób wymienionych w zał. nr 4

Wraz z ofertą Konsorcjum przedstawiło wykaz osób (załącznik nr 4), w którym na ww. stanowiska zaproponowano odpowiednio:

- specjalista w zakresie zarządzania projektami – p. Przemysław M.,
- specjaliści o znajomości rynku pracy – p. Joanna M.,
- recenzent – p. Małgorzata G..

W kolumnie nr 5 wykazu w odniesieniu do wyżej wymienionych osób opisano doświadczenie odpowiadające zakresowo wymaganiom sformułowanym w siwz.

W ramach uzupełnienia dokumentów z dnia 06.05.2010 r. wykonawca przedłożył CV wskazanych w zał. nr 4 osób, a także, jak sam zadeklarował, dokumenty potwierdzające ich doświadczenie badawcze. W większości były to dokumenty potwierdzające należyte wykonanie projektów przez członków Konsorcjum (projektów, które były wykazywane w odniesieniu do doświadczenia osób, jako projekty, w których ww. specjaliści brali udział) oraz dokumenty dotyczące p. Małgorzaty G. wystawione przez Politechnikę Gdańską.

W zawiadomieniu z dnia 13.05.2010 r. o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania zamawiający wskazał, iż wykonawca uzupełnił wymagane w zakresie potwierdzenia doświadczenia badawczego dokumenty jedynie w odniesieniu do p. Małgorzaty G.. Następnie podniósł, iż z pozostałych przedłożonych dokumentów nie wynika, iż p. Joanna M. wykonała, co najmniej trzy badania odnoszące się do rynku pracy. Do pozostałych osób wymienionych w załączniku nr 4 zamawiający szczegółowo się nie odniósł.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba zaznacza, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp pozostawiono bez rozpoznania jako zarzut w świetle art. 182 ust. 1 ustawy ewidentnie spóźniony.

Jednakże w świetle ww. przepisu brak odwołania się od wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy uprzedniego odwołania od wymagania ich przedłożenia sformułowanego w treści siwz, w

żaden sposób nie wpływa na sytuację procesową wykonawcy, tj. możliwość kwestionowania poprzez odwołanie czynności jego wykluczenia, a więc prawidłowości zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Wykonawca może więc skutecznie, w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o czynności wskazanym w pkt 1 i 2 ust. 2 art. 182 Pzp, kwestionować jej prawidłowość.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym zgodnie z pkt 1 powołanego przepisu – dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ust. 2 art. 25 Pzp, Prezes Rady Ministrów w § 1 ust. 1 powoływanego wyżej rozporządzenia ustalił zamknięty katalog tego typu dokumentów, których żądanie jest dopuszczalne w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do potwierdzenia doświadczenia osób § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia stanowi, iż możliwe jest w tym zakresie żądanie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W odróżnieniu od potwierdzania doświadczenia samego wykonawcy (§ 1 ust. 1 pkt 2 i 3) ustawodawca nie przewiduje tu żadnych dodatkowych zaświadczeń, potwierdzeń ani recenzji odnoszących się do prawidłowego wykonania usług przez wskazane osoby lub potwierdzających rodzaj, zakres czy wartość wykonywanych przez nie prac.

Ponadto przepisy art. 26 ust. 1 i 2 ustawy nakładają na zamawiającego określone obowiązki i uprawnienia związane z żądaniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czyli w referując w ten sposób do art. 25 ust. 1 i 2 i wydanych na podstawie tych regulacji ustawowych przepisów wykonawczych.

Reasumując – żądanie jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały ujęte w katalogu dokumentów przewidzianych przepisami rozporządzenia, jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującą dyspozycją art. 25 ust. 1 Pzp (prawodawca generalnie ocenił tego typu dokumenty jako zbędne dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia niesektorowego) i jako takie nie może wywoływać jakichkolwiek skutków prawnych.



Tym samym, niezależnie od ustalenia rzeczywistego znaczenia opisanych wyżej postanowień siwz w zakresie wymaganego sposobu potwierdzenia doświadczenia osób, którymi dysponuje wykonawca, stwierdzić należy, iż Konsorcjum właściwie, tj. w sposób zgodny z przepisami ustawy oraz rozporządzenia, wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie kwestionował zresztą informacji w wykazie załączonym do oferty Konsorcjum zawartych. Nie podważał wskazanego doświadczenia osób wykazywanych. Nie kwestionował adekwatności tego doświadczenia do wymagań siwz. Nie podnosił również materialnej nieprawdziwości danych w tym zakresie. Natomiast jako podstawę wykluczenia podał i powołał tu brak zgodnego z żądaniami siwz potwierdzenia podanych informacji poprzez stosowne dokumenty czy zaświadczenia poświadczające wykonanie określonych badań/projektów przez wskazane osoby.

Jak już wskazano żądanie oraz egzekwowanie przedłożenia dokumentów tego typu było nieuprawnione, wobec czego potwierdzić należy zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zastosowania ww. przepisu wobec wykonawcy, który w sposób zgodny z ustawą oraz adekwatny do postawionych warunków udziału w postępowaniu potwierdził ich spełnianie.

Odnosnie naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu Izba wskazuje, iż zarzuty te są wtórne w stosunku do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba wskazuje, iż nakazanie przywrócenia odwołującego do postępowania jest równoważne z koniecznością dokonaniem ponownej oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem jego oferty. W żadnym razie nie oznacza jednak konieczności wyboru jego oferty, w przypadku gdy zajdą przesłanki unieważnienia postępowania, tudzież zamawiający stwierdzi zaistnienie przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego lub jego wykluczenia na podstawie innych okoliczności faktycznych niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i § 5 ust. 4 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:**

.....