

Sygn. akt: KIO 1576/12

POSTANOWIENIE
z dnia 31 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 31 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Innovation Technology Group Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Poznań w Poznaniu, pl. Kolegiacki 17**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy Innovation Technology Group Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6 tytułem wpisu od odwołania.**

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zapewnienie stałego dostępu do Internetu, utrzymanie sieci, budowę i obsługę platformy edukacyjnej oraz dostawę zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Poznań Plac Kolegiacki 17 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2012r. za numerem 2012/S 68-112157.

W dniu 17 lipca 2012r. zamawiający wezwał Innovation Technology Group Spółkę Akcyjną z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6 do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) następujących dokumentów

W dniu 24 lipca 2012r. Innovation Technology Group Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wołowska 6 wniosła odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art 25 ust. 1 ustawy, w związku z ust. 2 tegoż artykułu oraz Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817),
- 2) art 26 ust. 3 ustawy poprzez nadmierowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które zostały przez odwołującego przedłożone wraz z ofertą, potwierdzając spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez utrudnienie odwołującemu złożenia stosownych dokumentów w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wniósł o :

- 1) uznanie referencji przedłożonych wraz z ofertą za potwierdzające warunki udziału w postępowaniu
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania cofnięcia wezwania do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług,

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż niezgodne z ustawą działania zamawiającego mogą spowodować wykluczenie go z postępowania oraz w konsekwencji niemożność oceny jego oferty, uznania jej za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący uważa także, iż przyjmując hipotetycznie, że jeśli oferta odwołującego nie mogłaby zostać

uznana za najkorzystniejszą nadal posiada on interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt III.2.1 ppkt 2 lit b i d oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), w pkt V ust. 2 lit b i d opisał następujące warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia; warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca:

- wykaże udokumentowane wykonanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 10 kursów lub szkoleń, dla minimum 200 osób łącznie z obsługi komputera oraz korzystania z przeglądarki internetowej, zrealizowanych w ciągu maksymalnie 365 następujących po sobie dni kalendarzowych,
- wykaże udokumentowane administrowanie, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum jedną platformą edukacyjną (platformą cyfrową) przez okres minimum jednego roku.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt VI ust. 1 ppkt 2 siwz, wykonawcy powinni przedłożyć wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Zamawiający w dokumentacji nie przedstawił żadnych dodatkowych wymagań odnośnie treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług lub dostaw a użył jedynie, zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, sformułowania „potwierdzające ich należyte wykonanie”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 25 ust 1 i 2 ustawy, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, natomiast katalog tych dokumentów określi Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia, zgodnie z którym: na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub

usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Treść ww. Rozporządzenia wyraźnie określa co powinien zawierać wykaz - oświadczenie wykonawcy, nie precyzując ani nie narzucając treści referencji lub innego dokumentu potwierdzającego wykonanie usług lub dostaw, których wystawcą jest zazwyczaj podmiot trzeci. Jedynym warunkiem jaki musi spełniać taki dokument to stanowić potwierdzenie należytego wykonania prac. W tym samym kierunku zmierzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej - m.in. wyrok KIO 744/11 z dnia 26 kwietnia 2011 roku, wyrok KIO 2148/11 z dnia 19 października 2011 roku, wyrok Zespołu Arbitrów z 22 września 2006 roku - sygn. akt UZP/ZO/0-2497/06.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu, na stronach 11-14 złożył, zgodny z wzorem przygotowanym przez zamawiającego, wykaz trzech wykonanych usług dotyczących przeprowadzonych kursów/szkoleń wraz z trzema referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Dalej na stronach 19 - 20 oferty przedłożył wykaz, ponownie zgodny z wzorem zamawiającego, platform edukacyjnych administrowanych przez wykonawcę (minimum jedna platforma) wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Zamawiający pismem z 17 lipca 2012 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług odnośnie dwóch powyżej opisanych pozycji. W pierwszej z pozycji, zdaniem zamawiającego, z przedstawionych referencji nie wynika ilość przeprowadzonych szkoleń. Natomiast z dokumentu przedłożonego przez odwołującego na stronie 20, nie wynika, że usługa została zrealizowana należycie.

W zakresie pierwszego z zarzutów odwołujący stwierdził, że sam zamawiający przygotowując wzór wykazu przeprowadzonych szkoleń nie uwzględnił w nim pozycji, która określałaby ilość przeprowadzonych tego rodzaju usług. Jak wynika z powyżej przytoczonego orzecznictwa i treści Rozporządzenia w sprawie dokumentów na odwołującym ciąży jedynie obowiązek przedłożenia referencji potwierdzającej realizację usługi, natomiast wszelkie szczegóły dotyczące danego wdrożenia, powinny zostać przedstawione w oświadczeniu - wykazie usług. Odwołujący uzupełnił w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykaz przeprowadzonych szkoleń, podając ich faktyczną liczbę, jednak nie przedłożył nowych dokumentów (innych niż w ofercie) potwierdzających ich ilość, które to działanie odwołującego, w jego ocenie, jest w pełni zgodne z ustawą, Rozporządzeniem w sprawie dokumentów i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i w tym zakresie odwołujący żąda cofnięcia wezwania zamawiającego jako niezgodnego z ustawą.

Odnośnie drugiego z zarzutów w zakresie niepotwierdzenia, że usługa administrowania platformą edukacyjną została wykonana należycie odwołujący, zgodnie z opisany powyżej kierunkiem orzecznictwa, podnosi, że w przedłożonym przez odwołującego w ofercie dokumencie potwierdzającym realizację ww. usługi - referencji, zostały użyte sformułowania:

„firma wywiązała się z obowiązków terminowo”, „jakość prac była bardzo wysoka”, co zgodnie z wyrokiem KIO 2148/11 z dnia 19 października 2011 roku jest wystarczającym do potwierdzenia realizacji zamówienia przez odwołującego w sposób odpowiadający wymaganiom wystawcy referencji. W związku z czym ponownie odwołujący żąda cofnięcia wezwania zamawiającego we wskazanym zakresie, jako niezgodnego z Pzp.

Zamawiający odmówił odwołującemu zgody na wydłużenie terminu do uzupełnienia wymaganych dokumentów, co odwołujący uważa za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w przedmiotowym zamówieniu a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp .

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lipca 2012r. udzielonego przez odwołującego i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 lipca 2012r. faksem.

W dniu 25 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 31 lipca 2012r. do Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której uwzględnił on w całości zarzuty odwołania.

Izba zważyła, co następuje :

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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