

Sygn. akt KIO/1406/10

WYROK
z dnia 20 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez firmę **Grupa Reklamowa Niedzielski, 31-115 Kraków, Pl. Sikorskiego 4** od czynności zamawiającego **Gmina Cieszyn, w imieniu której działa Burmistrz Miasta Cieszyna, 43-400 Cieszyn, Rynek 1.**

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża firmę Grupa Reklamowa Niedzielski, 31-115 Kraków, Pl. Sikorskiego 4 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez firmę **Grupa Reklamowa Niedzielski, 31-115 Kraków, Pl. Sikorskiego 4;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez firmę **Grupa Reklamowa Niedzielski, 31-115 Kraków, Pl. Sikorskiego 4** na rzecz **Gminy Cieszyn, w imieniu której działa Burmistrz Miasta Cieszyna, 43-400 Cieszyn, Rynek 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
do wyroku sygn. akt KIO 1406/10

W dniu 05 lipca 2010 roku Odwołujący: Grupa Reklamowa Niedzielski Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, reprezentowana przez pełnomocnika Wojciecha Makiełę, wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego: Gminy Cieszyn, w imieniu której działa Burmistrz Miasta Cieszyna, w postępowaniu wszczętym w dniu 10 czerwca 2010 roku zamieszczeniem ogłoszenia o numerze 162188 – 2010. Przedmiotem prowadzonego postępowania jest: Opracowanie Programu promocji markowych produktów turystycznych Cieszyna.

Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty dokonanych przez Zamawiającego podjętej w dniu 28 czerwca 2010 roku, o podjęciu której informacja została przekazana Wykonawcy w dniu 29 czerwca 2010 roku, ewentualnie w razie uznania powyższych czynności Zamawiającego za prawidłowe Odwołujący składa odwołanie od czynności opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust 1 pkt 2), art. 22 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 pkt. 2), art. 26 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7, art. 45 ust. 4a, art. 89 ust. 5 i art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp”

Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie czynności Wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego
- unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego. - ponowną ocenę ofert,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego się uzasadnionych kosztów postępowania w tym wynagrodzenia pełnomocnika wg norm przepisanych

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu powinny zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W jej wyniku powinny one zostać określone

w sposób nie budzący wątpliwości oraz z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ust. 1 PZP.

Zamawiający w rozdziale 5 lit. c SIWZ określił, iż uzna warunek posiadania przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wiedzy i doświadczenia za spełniony jeżeli w okresie ostatnich 3 lat wykonali co najmniej dwie usługi, w których zakres wchodziło opracowanie programu promocji markowych produktów turystycznych o wartości co najmniej 100 000 zł brutto każdy, oraz zrealizowanie jednego projektu promocji i rozwoju turystyki.

Odwołujący podnosi, że jak sam określił Zamawiający, opracowanie programu promocji markowych produktów turystycznych może być jedynie częścią szerszej usługi (wchodzić w zakres) realizowanej przez wykonawców. Podkreśla, że stworzenie programu promocji markowych produktów turystycznych rzadko występuje jako samodzielny przedmiot zamówienia, ze względu na jego ścisłe związki z innymi działaniami promocyjno-reklamowymi. W związku z powyższym, zasadnym i zgodnym z art. 7 ust. 1 jest określenie warunków udziału w postępowaniu poprzez uznanie, że wykonawca winien wykazać posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie usług reklamowych o wartości zbliżonej do wartości zamówienia wraz z dodatkowym wymogiem, aby w ich skład wchodziła promocja produktów markowych. Za powyższym wskazuje również utrwalone orzecznictwa KIO, zgodnie z którym Zamawiający może żądać wykazania się doświadczeniem o podobnym charakterze, a nie dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia.

(...) Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie „odpowiadające rodzajem” w odniesieniu do przedmiotu niniejszego zamówienia. Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo).” Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do usług i dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc), a nie li tylko usług i dostaw tożsamy (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).”

Należy wskazać, że określenie wymogów poprzez pełną tożsamość przedmiotu zamówienia, z warunkami udziału w postępowaniu, nie jest podyktowane specyfiką przedmiotu zamówienia, gdyż podobne pod względem rodzaju usługi pozwalają na zdobycie doświadczenia i wiedzy niezbędnych do realizacji zamówienia. Tym samym stanowi formę dyskryminacji pośredniej wskazanej w wyroku KIO z dnia 08 czerwca 2009 r. KIO/UZP 676/09:

Na słuszność powyższego stanowiska wskazuje również wyrok KIO z dnia 12 marca 2009 r. KIO/UZP 235/09:

„Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich.”

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że interpretacja zapisów SIWZ określająca warunki udziału, identycznie zakresem zamówienia, jest nie tylko niezgodna z prawem i zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również naruszeniem reguły, zgodnie, z którą brak doprecyzowania wymogów SIWZ nie może dla Wykonawcy rodzić negatywnych skutków. Podkreślić należy, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu powinny zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). Zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. W myśl uprzednio obowiązującego § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006 r. Nr 87 poz. 605 ze zm.) jak również § 1 ust. 1 pkt 3 aktualnie obowiązującego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia z dnia 30 grudnia 2010 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2010 r. Nr 226 poz. 1817) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych usług i dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością usługom i dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi i dostawy te zostały wykonane należycie. W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż

okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 r. XIX Ga 80/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 94) oraz wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 r. UZP/ZO/0-10/07.

Odwołujący wskazuje na nieprecyzyjność pojęcia „markowy produkt turystyczny” i występującą trudność ze ścisłym określeniem, jakie czynności mogą zostać uznane, za stworzenie programu markowych produktów turystycznych, zatem zgodnie Zamawiający przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w razie wątpliwości winien przyjąć szeroką interpretację tego pojęcia.

Mając na uwadze interpretację spełniania warunków udziału w postępowaniu przyjętą przez Zamawiającego należy wskazać, że albo warunki udziału w postępowaniu zostały określone z naruszeniem art.22 ust 4, art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7, oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp co oznacza, że czynność opisu warunków udziału w postępowaniu została dokonana przez Zamawiającego nieprawidłowo i istnieją podstawy do jej uchylenia i unieważnienia postępowania albo Zamawiający dokonał on w sposób wadliwy czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, czym naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe stało się przyczyną alternatywnego sformułowania, żądania odwołania.

Ze względu na nieprecyzyjne określenie warunków udziału w postępowaniu w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych związanych z przedstawionym wykazem wykonanych usług Odwołujący załączył do oferty opis wykonanych usług ze wskazaniem zakresu w jakim obejmowały one stworzenie programu promocji markowych produktów. Równocześnie należy podkreślić, że fakt spełniania warunków potwierdza sam wykonawca w składanym wraz z ofertą wykazie i to jego oświadczenie winno podlegać ocenie. Zakres ani wartość wykonanej usługi nie musi wynikać z przedstawionych referencji. Na powyższe wskazuje ugruntowana linia orzecznicza. Odwołujący w tym miejscu wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 stycznia 2009 r. KIO/UZP 51/09 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 marca 2009 r. KIO/UZP 264/09.

Odwołujący stwierdza, że dołożył należytej staranności w udowodnieniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W razie wątpliwości co do spełniania przez Odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający zobligowany był wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, czego nie uczynił, tym samym naruszając powyższy przepis. W miejsce wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów, pomimo, że

z treści dokumentów załączonych do oferty Odwołującego wynikało spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Tym samym naruszył art. 25 ust. 1 i art. 26 ust 3 PZP. Jednocześnie Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów nie podał w jakim zakresie dokumenty winny zostać uzupełnione, z przytoczeniem podstawy prawnej i faktycznej, co uniemożliwiało adekwatną reakcję Odwołującego. Nie zareagował również na wnioski Odwołującego o przedłużenie terminu składania dokumentów, choć określenie krótkiego terminu na ich uzupełnienie przy braku precyzji w określeniu w jakim zakresie winny one zostać uzupełnione stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 PZP.

Pomimo powyższych naruszeń ustawy Pzp Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w określonym przez Zamawiającego terminie uzupełnił dokumenty przedstawiając referencje, z których wynikało, że w skład usług zrealizowanych przez niego wskazanych w wykazie wchodziła promocja markowych produktów turystycznych. Jednocześnie przedstawiając w piśmie przewodnim podstawy faktyczne i prawne do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Pomimo powyższego z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 22 ust 1 pkt 2) i 89 ust. 5 Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wykluczył go z postępowania i odrzucił jego ofertę, a następnie na skutek powyższego z naruszeniem art. 90 ust 1 i art. 7 ust. 3 dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto jak wynika z uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanego na podstawie art. 92 ust. 1 PZP Zamawiający uznał między innymi, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdyż referencje potwierdzające wykonanie usługi promocji i rozwoju turystyki nie zostały wystawione przez „Zamawiającego na rzecz którego usługa została wykonana - w tym przypadku Urząd Miasta Kalisza”. Mając na uwadze, że usługa została wykonana na rzecz wystawcy referencji, a nie podmiotu, którego od którego referencji żąda Zamawiający należy stwierdzić, że Odwołujący został wykluczony z naruszeniem art. 22 ust 1 pkt 2 PZP. Jednocześnie wskazano, że Zamawiający nadal dąży do tego by wykonawcy wykazali się realizacją usługi na rzecz innego zamawiającego, co było podstawą unieważnienia poprzedniego przetargu. Takie określenie warunku udziału w postępowaniu uznane już zostało przez Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 05 kwietnia 2006 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-946/06 jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji. W świetle powyższego zarzut Zamawiającego, iż referencje dotyczące świadczenia usługi promocji regionu winny być wystawione nie przez podmiot, na rzecz którego została zrealizowana usługa promocji regionu, lecz organ samorządowy, na rzecz którego świadczył usługę wystawca referencji jest niezasadny i sprzeczny z 7 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp który stanowi, że obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego

dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było następstwem okoliczności, za które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Jak wynika z powyższego, podstawa do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Pogląd ten został zaprezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (znak: KIO/UZP 62/09) w którym stwierdziła, iż „możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny”.

Odwołujący wskazuje, że dochował należytej staranności i podjął wszelkie możliwe kroki w celu udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i uzupełnienia w odpowiedzi na wezwanie dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, pomimo że przedstawiony przez niego wykaz dostaw i załączone do niego referencje w pełni potwierdzają spełnianie wymagań SIWZ, oraz utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym Zamawiający nie ma prawa żądać przedstawienia referencji, z których wynika pełen zakres wykonanych dostaw gdyż powyższą rolę pełni oświadczenie wykonawcy w postaci wykazu dostaw, wystąpił do podmiotów, na rzecz których wykonał usługi o wystawienie referencji, na podstawie których będzie możliwe ustalenie, że w ich zakres wchodziło opracowanie programu promocji markowych produktów turystycznych. Powyższe referencje zostały wraz z wykazem dostaw przekazane Zamawiającemu dopuszczoną przez niego drogą faksową w zakreślonym przez niego terminie ich przekazania, oraz niezwłocznie przesłane za pośrednictwem poczty.

Mając powyższe na uwadze, nawet jeśli przyjąć (z czym Odwołujący stanowczo się nie zgadza), że złożona oferta nie zawierała dokumentów wymaganych w SIWZ, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Odwołujący nie miał możliwości przedstawienia w odpowiedzi na wezwanie innych dokumentów, gdyż są to jedyne zamówienia tego rodzaju jakie wykonał. Nie sposób zatem przypisać mu winy w ich nie złożeniu, lub braku należytej staranności. Przyczyną nie uznania złożonych przez Odwołującego dokumentów jest subiektywna ocena Zamawiającego, że nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu, na tą zaś nie ma on wpływu, a co więcej nie miał przy zachowaniu należytej staranności podstaw do przyjęcia, że może ona przybrać negatywny dla niego wynik. Z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a PZP - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego

spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo, że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego. W świetle powyższego jeżeli przyjąć, że usługi wykonane przez Odwołującego nie spełniają wymagań SIWZ, a tym samym Wykonawca obiektywnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wadium winno zostać zwolnione.

Na słuszność powyższego stanowiska wskazuje również niedawny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03 marca 2010 r. KIO/UZP 31/10, w którym wskazano, że: „Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że Wykonawca w dniu składania ofert nie miał świadomości nieprawdziwości określonych danych (działał w dobrej wierze), to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Takie działanie bowiem nie sposób uznać za umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd i chęć uzyskania zamówienia na podstawie fałszywych danych. Taka sytuacja jest bowiem całkowicie niezależna od woli i działań Wykonawcy.”

W świetle powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości zaś Odwołujący wnosi jak na wstępie, w tym o zasądzenie na jego rzecz zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego wykluczenia Wykonawcy odwołującego się i odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W prowadzonym postępowaniu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego doświadczenia i wiedzy o następującym brzmieniu:

(...) wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi, w których zakres wchodziło opracowanie programu promocji markowych produktów turystycznych o wartości co najmniej 100 000 zł brutto każda oraz zrealizowanie przynajmniej jednego projektu dotyczącego promocji i rozwoju turystyki.

Zgodnie z pkt 5 SIWZ dotyczącym wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia, wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych lub wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...) z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca Odwołujący się złożył wraz z ofertą Wykaz wykonanych usług zawierający 3 pozycje oraz referencje do wymienionych pozycji.

Zamawiający zakwestionował złożone referencje i wezwał do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał w terminie faksem pismo przewodnie wraz z nowymi referencjami. Natomiast nie złożył ich w formie wymaganej przez Zamawiającego w wezwaniu, tj. w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

W związku z tak zaistniałą sytuacją Odwołujący się został z postępowania wykluczony a jego oferta odrzucona.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu i tym samym nieprawidłowego opisu ich spełniania, Izba na wstępie stwierdziła, iż wszystkie zastrzeżenia co do treści określonego warunku są spóźnione i powinny zostać przez Odwołującego zgłoszone w terminie przewidzianym na składanie środków ochrony prawnej dotyczących ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego wezwania do uzupełniania dokumentów, Izba pragnie zauważyć, iż zarzut ten również można uznać za spóźniony. Jednakże ponieważ konsekwencją wezwania było wykluczenie wykonawcy Odwołującego się z powodu nie uzupełnienia, Izba odniesie się merytorycznie do twierdzeń Odwołującego zawartych w uzasadnieniu odwołania.

Po pierwsze Izba pragnie zauważyć, iż skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, który zrealizować on musi, w przypadku gdy wykonawcy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa.

W przypadku prowadzonego postępowania Zamawiającemu złożono wraz z wykazem 3 referencje. W przypadku pierwszej z nich, z zakresu wykonywanych prac nie wynikało opracowanie programu promocji markowych produktów turystycznych a jedynie prowadzenie akcji promocyjnej „Wyjątkowo Rodzinny Kraków”, co więcej referencje wystawione były dla Agencji Reklamowej Niedzielski, zaś podmiotem biorącym udział w postępowaniu (jak wynika z formularza ofertowego) była Grupa Reklamowa Niedzielski Sp. z o.o. Druga ze złożonych referencji wystawiona była co prawda dla Grupy Reklamowej Niedzielski, ale z jej treści wynikało, że firma prowadziła promocję projektu „Miasto Gra”. Trzecia z referencji pochodziła od Firmy Projektowo-Reklamowej Niedzielski i dotyczyła opracowania koncepcji rozwoju turystyki i promocji miasta Kalisza. W tak kształtującym się stanie faktycznym, w ocenie Izby Zamawiający miał prawo powziąć uzasadnione wątpliwości co do przynajmniej dwóch z trzech

przedstawionych referencji i wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków.

Zgodzić się należy z twierdzeniami zawartymi przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, iż referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Fakt ten potwierdza sam wykonawca składając wraz z ofertą oświadczenie, referencje zaś potwierdzać mają należyte wykonanie zamówienia. Jednakże w rozpatrywanym przypadku, ze złożonego wraz z ofertą wykazu nie wynikało, co wchodziło w zakres prac wymienionych w wykazie i wykonanych przez wykonawcę usług. Informacje te nie wynikały, choćby posiłkowo, ze złożonych wraz z wykazem referencji. W ocenie Izby, w ofercie nie znalazł się dokument lub oświadczenie, który potwierdzałby spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający miał prawo i obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

W tym miejscu Izba pragnie podzielić stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż w przypadku referencji nr 3 wystawionej przez Firmę Projektowo-Reklamową Niedzielski, Zamawiający nie był uprawniony do żądania przedstawienia referencji od podmiotu, na rzecz którego była finalnie wykonywana usługa. W toku prowadzonej rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie, iż w tym przypadku był on podwykonawcą firmy wstawiającej referencje. Stąd też, zdaniem Izby jedynym podmiotem, który mógł potwierdzić należyte wykonanie usługi był podmiot, na rzecz którego ta usługa była wykonywana, czyli Firma Projektowo-Reklamowa Niedzielski, nie zaś miasto Kalisz. To czy materiały zostały wykorzystane czy nie przez zleceniodawcę jest kwestią drugorzędną i nie ma wpływu na ocenę należytego wykonania zamówienia. Jednakże, nawet jeżeli przyjąć że wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie było niewłaściwe, to odwołanie dalej podlegać będzie oddaleniu ponieważ Odwołujący w ostateczności nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez niego pierwszej części warunku sformułowanego w SIWZ ponieważ na prawidłowo sformułowane wezwanie, Odwołujący przesłał w formie faksowej oświadczenie i nowe referencje, nie przedłożył ich jednak w formie wymaganej przez Zamawiającego. Nie mogły być one zatem wzięte pod uwagę w momencie dokonywania oceny ofert i oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców. Zdaniem Izby, w przypadku zastrzeżenia określonej formy, nie zakwestionowanej przez wykonawców, nie można za dochowanie terminu uznać wniesienia dokumentu w innej formie (faksem). Tym bardziej zresztą, że Odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że nie przesłał dokumentów w innej (wymaganej wezwaniem) formie niż tylko faks.

W związku z powyższym Odwołujący został prawidłowo wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Odnosząc się w następnej kolejności do zarzutu nieprawidłowego zatrzymania wadium, Skład orzekający Izby wskazuje także, że zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tymczasem brak jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania - wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium, co prowadzi do wniosku, że zatrzymanie wadium nie może być przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji podlegać rozpatrywaniu przez Izbę. Przedmiotem orzeczenia Izby mogą być wyłącznie działania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W zakresie wniosku o nakazanie zwrotu Odwołującemu wadium zatrzymanego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Izba stwierdza, że poza zakresem kognicji Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje kwestia roszczeń cywilnoprawnych, do których należą spory o rozliczenia finansowe z tytułu wadium. W ocenie składu orzekającego, nie mającej jednak waloru przesądzającego, Odwołujący w niniejszej sprawie dołożył staranności w pozyskaniu wymaganych dokumentów stanowiących referencje, wystawionych przez podmioty trzecie. Pamiętając o tym, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie był bardzo krótki oraz wymaganą formę uzupełnienia dokumentów, Odwołujący nie był w stanie przedłożyć dokumentów niezbędnych w zakresie wynikającym z przepisów prawa i postanowień SIWZ. Zatrzymanie zaś wadium następuje, jeżeli wykonawca nie udowodni, że z przyczyn nieleżących po jego stronie nie mógł złożyć dokumentów lub oświadczeń. W niniejszym postępowaniu, zbyt daleko idącym wydaje się wniosek, że Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie ze swojej winy. Odwołujący reagował przed upływem terminu na uzupełnienie dokumentów i sygnalizował zastrzeżenia co do długości wyznaczonego terminu. Zamawiający nie przychylił się wszakże do prośby Odwołującego, który w wyznaczonym terminie złożył takie dokumenty i w takiej formie, jaką dysponował. W związku z tym, że nie zachował formy i nie potwierdził złożonych dokumentów w formie pisemnej, nawet w terminie późniejszym, wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty uznano za prawidłowe, jednakże działania Odwołującego nie sposób uznać za zawinione.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, orzeczono jak w sentencji wyroku uznając, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty stron postępowania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł.

Przewodniczący:

.....