

Sygn. akt: KIO 1661/14

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę – Perfector Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 11/85, 02-739 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Warbud VINCI Facilities Sp. z o.o., Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **zamawiającemu Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa** powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **wykonawcy Perfector Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 11/85, 02-739 Warszawa**;
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - Perfector Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 11/85, 02-739 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Centrum Nauki Kopernik, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa**, na rzecz **wykonawcy - Perfector Sp. z o.o., ul. Wałbrzyska 11/85, 02-739 Warszawa** kwotę **17 620 zł 28 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy sześćset dwadzieścia złotych, dwadzieścia osiem groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Centrum Nauki Kopernik w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń budynku Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, terenów do niego przyległych oraz biura Zamawiającego w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 24 grudnia 2013 r., poz. 2013/S 249-436702. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 14 sierpnia 2014 r. Perfector Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4; art. 26 ust. 4; art. 92 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne wykluczenie go z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i podania nieprawdziwych informacji. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale podał nieprawdziwe informacje, w związku z czym Zamawiający złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Jedne z referencji zostały odwołane przez wystawcę referencji. Biorąc pod uwagę wszystkie dokumenty, złożone przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, uznał, że tylko jedna usługa - wykonana na rzecz Telewizji Polskiej - spełnia wymagania SIWZ, jednak Odwołujący nie wykazał wykonania drugiej usługi, spełniającej równocześnie warunek co do wymaganej powierzchni i wartości.

Zamawiający co prawda nie podważa usługi wykonanej na rzecz firmy Topex (uznał, że spełnia warunki), natomiast nie mógł jej wziąć pod uwagę, ponieważ Odwołujący nie zawarł jej w poprawionym wykazie usług, złożonym przy piśmie z dnia 26 maja 2014 r. Wskazuje, że wykonawca świadomie złożył jako prawidłowy wykaz usług, obejmujący tylko dwie usługi (wykonane na rzecz TVP SA i CNK). Późniejsze oświadczenie woli – w tym

wykaz usług - odwołuje wcześniejsze i dlatego można było, zdaniem Zamawiającego, wziąć pod uwagę jedynie drugi wykaz usług.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Warbud VINCI Facilities Sp. z o.o. w Warszawie i Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, i Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania – wówczas miałby on realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego oferta, w razie oceny, znajdowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wykazania spełniania warunku udziału przez Odwołującego Izba ustaliła, co następuje:

W SIWZ (odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) wymagano, aby dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, należało wykazać się wykonaniem dwóch usług.

Odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu niespełnienia warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia oraz z powodu podania nieprawdziwych informacji, na co złożył odwołanie.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu – potwierdził, że usługi wykonane dla Topex Sp. z o.o. Sp. k. i TVP SA odpowiadają wymogowi postawionemu w SIWZ. Oświadczył równocześnie, że nie mógł uznać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ przedmiotowe usługi ujęto w dwóch wykazach (usługę wykonaną na rzecz Topex w wykazie załączonym do oferty, a usługę wykonaną na rzecz TVP w wykazie załączonym do pisma z dnia 26 maja 2014 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów). W ocenie Zamawiającego nie można wziąć pod uwagę obu wykazów, ponieważ późniejszy wykaz deroguje wcześniejszy, zatem jego zdaniem za spełniającą warunków udziału w postępowaniu należało wziąć pod uwagę tylko jedną usługę z późniejszego wykazu.

Oceniając powyższe ustalenia, Izba doszła do wniosku, że skoro Zamawiający sam nie miał wątpliwości, że wskazane dwie usługi potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie było powodów do wykluczenia wykonawcy. Fakt ujęcia usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dwóch złożonych kolejno wykazach nie może dyskwalifikować wykonawcy; z treści pisma Odwołującego z dnia 26 maja 2014 r., do którego dołączono drugi wykaz wynika, że pismo to wraz z załącznikiem korespondowało z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów – wezwanie było bardzo obszerne, wskazano w nim dwie usługi (następnie objęte wykazem Odwołującego), przy czym Zamawiający podkreślał, że nie będzie brał pod uwagę informacji uzupełnianych przez Odwołującego samodzielnie, bez uprzedniego wezwania. W takich okolicznościach można było się spodziewać, że odpowiedź wykonawcy na wezwanie będzie ściśle nawiązywała do treści wezwania – wykaz usług załączony do odpowiedzi na wezwanie obejmował dwie usługi, o których mowa była w wezwaniu (strona druga wezwania).

Reasumując, skoro Zamawiający twierdzi, że Odwołujący wykonał dwie wymagane SIWZ usługi (jedną za pomocą podmiotu trzeciego, co nie było również przez Zamawiającego kwestionowane), to wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania warunku odnoszącego się do posiadania wiedzy i doświadczenia było nieprawidłowe – nie ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Nie jest zasadne twierdzenie, że późniejszy wykaz usług „deroguje” wcześniejszy – wykaz usług jest oświadczeniem wiedzy, nie woli; zresztą w pierwotnym wykazie ujęto w rzeczywistości obie usługi, co do których Zamawiający ostatecznie na rozprawie oświadczył, że potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu (na rzecz firmy Topex i TVP SA)

Odnosząc się do kwestii podania nieprawdziwych informacji, Izba stwierdziła, że jeżeli sam Zamawiający uznaje, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu za pomocą dwóch niekwestionowanych usług, to nie ma znaczenia, czy w wykazie złączonym do pisma z dnia 26 maja 2014 r. wskazał dodatkowo usługę, odnośnie której zachodzi ewentualność podania nieprawdziwych informacji (okoliczność, czy Odwołujący usługę wykonał należycie jest sporna pomiędzy Zamawiającym – inwestorem spornej usługi i Przystępującym – generalnym wykonawcą usługi, a Odwołującym – podwykonawcą usługi). Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że jest on przeświadczony, iż usługę wykonał prawidłowo. Decydujące dla rozstrzygnięcia jednak jest to, że ewentualność podania nieprawdziwych informacji nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą dwóch innych usług. Zatem nie ziściły się przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty Przystępującego, Izba ustaliła, że w przypadku, gdy oferta Odwołującego podlegałaby ocenie, to oferta Przystępującego jest byłaby mniej korzystna od oferty Odwołującego (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie). W takiej sytuacji podnoszenie zarzutów wobec oferty Przystępującego nie prowadzi Odwołującego do uzyskania zamówienia, kwestia ewentualnego uznania Przystępującego za podlegającego wykluczeniu nie wiąże się też wywołaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Odwołującego. W takiej sytuacji Odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w podnoszeniu tak sformułowanych zarzutów. Zresztą, wobec uznania Odwołującego za niepodlegającego wykluczeniu zarzuty odnośnie oferty Przystępującego i tak nie mogłyby być uwzględnione ze względu na art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (brak wpływu na wynik postępowania).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....