

WYROK

z dnia 17 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Business Advisory Sp. z o. o. i Wspólnicy sp. k. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa oraz Ernst & Young Audit Sp. z o. o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83 00-834 Warszawa

protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KPMG Audyt Sp. z o.o. ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa oraz KPMG Hungaria Kft. Váci Út 99, 1139, Budapeszt, Węgry** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Business Advisory Sp. z o. o. i Wspólnicy sp. k. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa oraz Ernst & Young Audit sp. z o. o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Business Advisory Sp. z o. o. i Wspólnicy sp. k. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa oraz Ernst & Young Audit sp. z o. o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ernst & Young Business Advisory Sp. z o. o. i Wspólnicy sp. k. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa oraz Ernst & Young Audit sp. z o. o. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *II-gi Audyt Punktów Konsultacyjnych finansowanych w ramach Poddziałania 2.2.1 PO KL* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 października 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 197-283206. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

22 stycznia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KPMG Audyt Sp. z o. o. oraz KPMG Hungaria Kft, zwanych dalej „KPMG” lub „Przystępującym”, drugie miejsce zajęła oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: System Rewident Sp. z o.o., Euro-in i Partnerzy Sp. z o.o., Grupa Gumułka Audyt Sp. z o.o., Centrum Rozwoju Administracji Sp. z o.o. oraz Moore Stephens Central Audit Sp. z o.o., a trzecie miejsce oferta Odwołującego.

Na tę czynność 1 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest, a po jego oddaleniu 11 lutego 2010 r., 22 lutego 2010 r. (poniedziałek), odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez czynności i zaniechania w toku postępowania, polegające na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty KPMG pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu wykluczenia KPMG z udziału w postępowaniu z uwagi na niepotwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty,
3. zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum System Rewident z uwagi na niepotwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum KPMG oraz konsorcjum System Rewident z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia ich ofert, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia określającym warunki udziału w postępowaniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali co najmniej 2 zamówienia i każde z nich: polegało na przeprowadzeniu audytu projektu lub projektów finansowanych ze środków Unii Europejskiej, przy czym każdy audyt obejmował weryfikację co najmniej zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy w zakresie finansowym i miało wartość co najmniej 500 000 złotych brutto każde. W przypadku, gdy wartość zamówienia została określona w umowie w walucie obcej, wartość tego zamówienia wyniosła co najmniej 500 000 złotych brutto w przeliczeniu wg średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy o wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego obaj wskazani wykonawcy nie spełniają tego warunku.

W swojej ofercie konsorcjum KPMG przedstawiło na potwierdzenie spełniania powyższego warunku trzy usługi:

1. audyt zewnętrzny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, wykonany w okresie lipiec 2007 r. – czerwiec 2008 r., na kwotę 1.199.260.000 zł, co do której Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyznał, iż nie spełnia ona warunku i nie brał jej pod uwagę przy ocenie doświadczenia,
2. dwie usługi wykonane na rzecz Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi Republiki Węgierskiej obejmujące – średniookresowy i roczny audyt Węgierskiej Agencji Płatniczej za rok 2007 r., wykonany w okresie marzec 2007 r. – luty 2008 r., na kwotę 802.000 euro oraz średniookresowy i roczny audyt Węgierskiej Agencji Płatniczej za rok 2008 r., wykonany w okresie marzec 2008 r. – luty 2009 r., na kwotę 1.082.000 euro.

Usługi te nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Audyt Węgierskiej Agencji Płatniczej był przeprowadzony w ramach certyfikacji, a certyfikacje wypłat są prowadzone nie w celu wydania opinii dotyczącej weryfikacji zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy, lecz opinii dotyczącej adekwatności procedur zastosowanych przez instytucję płatniczą i obejmuje sprawdzenie, czy Agencja zastosowała odpowiednie sprawdzenia i kontrole, aby upewnić się, że wypłaty są realizowane zgodnie z warunkami programu. Opinia z audytu

nie dotyczy zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy, lecz procedur zastosowanych przez Agencję Płatniczą.

Poza tym podane w wykazie dwie usługi faktycznie i formalnie są jednym zamówieniem, co można stwierdzić na podstawie otrzymanej przez Odwołującego z Węgier dokumentacji postępowania – prace objęte dwoma listami referencyjnymi stanowią w istocie jedno zamówienie, przy czym zamówienie to zostało rozszerzone na dodatkowy rok bez osobnego postępowania zakupowego' i osobnego zamówienia.

Również zakres prac w wykazie usług podany został niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Podany w wyjaśnieniach konsorcjum KPMG z 22 grudnia 2009 r. zakres zadań nie znajduje potwierdzenia w zakresie prac, który został zdefiniowany przez Węgierską Agencję Płatniczą i który Odwołujący otrzymał z Węgier ani w raporcie z audytu oraz zawartej w nim opinii. Tym samym usługi te nie miały wymaganej przez Zamawiającego wartości – całość zamówienia była związana z certyfikacją wydatków. Ponadto pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień z 16 grudnia 2009 r. i wbrew zawartemu tam żądaniu, konsorcjum KPMG nie podało nazwy projektu lub projektów, których dotyczył audyt. W odpowiedzi na to wezwanie konsorcjum powinno było przedstawić nazwy projektów, a jeżeli informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawniane (co wydaje się nieprawdopodobne, skoro dotyczą usług realizowanych na rzecz podmiotu publicznego), to i tak informacja ta powinna zostać przekazana Zamawiającemu z równoczesnym jej zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa, co nie zostało uczynione. Jednocześnie konsorcjum KPMG powinno podać przesłanki, na podstawie których nazwy projektów stanowią informację niejawną. Już z tej tylko przyczyny (niewskazanie, pomimo wezwania, projektów, których dotyczyły usługi), konsorcjum KPMG powinno zostać wykluczone z postępowania.

Z kolei konsorcjum System Rewident przedstawiło jako referencyjne dwie usługi, wykonane na rzecz PARP:

1. w okresie maj 2007 – luty 2008 audyt projektów realizowanych przez Regionalne Ośrodki EFS,

2. w okresie 1 kwietnia 2006 r. – 15 czerwca 2007 r. zamówienie polegające na przeprowadzeniu 120 audytów merytorycznych i finansowych projektów realizowanych w ramach Sektorowego Projektu Operacyjnego – Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw (SPO – WKP) – poddziałanie 1.1.2 o wartości 505.812 zł brutto.

Zarzut Odwołującego dotyczy drugiej usługi – zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zaliczona może być tylko usługa zrealizowana (a nie realizowana) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a więc pomiędzy 13 października 2006 r. a 12 października 2009 r. Usługa polegająca na wykonaniu 120 audytów merytorycznych i finansowych projektów jest świadczeniem jednorazowym. Skoro więc audyty były realizowane od początku kwietnia 2006 r. do połowy czerwca 2007 r., oznacza to, że świadczenia te nie były zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, skoro część tych audytów była wykonana znacznie wcześniej, niż przed dniem 13 października 2006 r., a zatem konsorcjum System Rewident nie zrealizowała w ciągu trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania zamówienia o wartości 500.000 zł brutto. Skoro bowiem cała wartość tego zamówienia wyniosła 505.812 zł brutto, zaś z całego tego okresu 6 miesięcy realizacji usługi przypada na okres wcześniejszy, to szacunkowa wartość usługi zrealizowanej w ciągu 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, wyliczona w oparciu o okres realizacji zamówienia, wynosi 281.645,30 zł brutto. Skoro konsorcjum System Rewident nie wykazało, jaka wartość zamówienia została zrealizowana w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, podlega wykluczeniu.

Zamawiający powinien był zwrócić się do konsorcjum System Rewident o przedstawienie podziału zamówienia na części, aby wycenić część zrealizowaną w wymaganym okresie.

Na podstawie stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień do niej, wezwań do złożenia wyjaśnień i uzupełnień z 16 grudnia

2009 r., wyjaśnień/uzupełnień z 21 i 22 grudnia 2009 r., protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także oświadczeń Stron i Przystępującego oraz dokumentów złożonych podczas rozprawy (pisma Sekretarza Stanu pana Forgács Barnabás z 12 marca 2010 r. oraz nr X/350/2010, bez daty) Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niespełnienia warunku posiadania doświadczenia polegającego na realizacji 2 zamówień polegających na przeprowadzeniu audytu projektu lub projektów finansowanych ze środków Unii Europejskiej obejmujących weryfikację co najmniej zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy w zakresie finansowym, o wartości co najmniej 500 000 złotych brutto każde przez konsorcjum KPMG Izba stwierdziła, iż Odwołujący w proteście i odwołaniu przedstawił jedynie swoje przypuszczenia i hipotezy, nie poparte żadnymi konkretnymi informacjami, ani tym bardziej dowodami.

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony są zobowiązane wskazywać dowody na potwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, co jest zgodne też z art. 6 kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Tymczasem nawet dokumenty, na które powołuje się Odwołujący, załączone do protestu, zostały złożone wyłącznie w języku węgierskim, co nie tylko jest formalnie niezgodne z dyspozycją art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 18 ust. 3 rozporządzenia *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*, zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym przedstawia się wraz z tłumaczeniem poświadczonym przez tłumacza przysięgłego, ale i w sposób faktyczny uniemożliwia zapoznanie się z treścią tych dokumentów.

Z kolei Przystępujący – konsorcjum KPMG przedstawiło pisma Sekretarza Stanu pana Forgács Barnabás z 12 marca 2010 r. oraz nr X/350/2010, bez daty, z których treści wynika, iż KPMG Hungaria Kft. na przedmiotowe usługi zawarła dwie odrębne umowy – z 20 listopada 2006 r. oraz 28 marca 2008 r.,

przeprowadzony na ich podstawie audyt obejmował weryfikacje indywidualnych projektów w zakresie m.in. realizacji tych projektów zgodnie z postanowieniami umowy, regulacjami unijnymi oraz prawem krajowym, a zasadnicza część otrzymanego wynagrodzenia dotyczyła właśnie audytu projektów. Pisma te potwierdzają tym samym informacje przedstawione Zamawiającemu przez Przystępującego wraz z ofertą oraz w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2009 r.

Natomiast co do kwestii, iż Przystępujący nie podał nazw projektów, Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z załącznikiem nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzór wykazu wykonanych audytów oraz postanowieniem § 6 ust. 2 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który do tego wzoru odsyła, Zamawiający rzeczywiście taki wymóg postawił. Z tego postanowienia wynika, iż wskazane w tabeli nazwa projektu i zakres audytu miały stanowić część wskazania przedmiotu zrealizowanego zamówienia. Brak ten Zamawiający wskazał także w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 16 grudnia 2009 r., po czym uznał wyjaśnienia Przystępującego dotyczące poufności nazw i zakresów projektów, co zostało potwierdzone we wskazanych powyżej pismach Sekretarza Stanu pana Forgács Barnabás.

Jak wskazuje jego treść, pismo z 16 grudnia 2009 r. było żądaniem wyjaśnień, a więc instytucji, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którą ustawa nie łączy takich skutków, jak z uzupełnieniem z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiającemu pozostawia większą swobodę oceny. Pismo to było wezwaniem do uzupełnienia w tym zakresie tylko w przypadku, gdyby wykonawca uznał, że przedstawione w wykazie usługi nie spełniają warunku – str. 3, akapit 5. pisma.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niespełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia przez konsorcjum System Rewident z powodu tego, że zamówienie dotyczące 120 audytów nie osiągnęło wartości co najmniej 500 000 złotych brutto w okresie wskazanym przez Odwołującego, tj. 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania Izba stwierdziła, że nie

ma podstaw do dokonywania podziału w sposób wskazany przez Odwołującego. Aby zaliczyć usługę do okresu 3 – letniego wskazanego w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy wskazać, by była ona w tym okresie wykonana, czyli zakończona, co w niniejszej sprawie nie jest sporne między Stronami. Tym samym nie ma podstaw, by zamówienie to dzielić na wykonane przed i po 3 – letniej cezurze pod względem wartości, tym bardziej, że jest to zamówienie jednorazowe, a wykonanie 120 audytów jest przedmiotem tego jednego zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....