

Sygn. akt KIO/UZP 1384/09

WYROK
z dnia 6 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Jolanta Markowska**
Renata Tubisz

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę „**DPC A. Danylczenko i Spółka**” **Spółka jawna, 45-089 Opole, ul. Konsularna 1 lok. 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie, 35-025 Rzeszów, ul. Lisa Kuli 20** protestu z dnia 24 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie powtórnej oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie, 35-025 Rzeszów, ul. Lisa Kuli 20 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę „**DPC A. Danylczenko i Spółka**” **Spółka jawna, 45-089 Opole, ul. Konsularna 1 lok. 21,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 580 zł 48 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset osiemdziesiąt złotych czterdzieści osiem groszy) przez **Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie, 35-025 Rzeszów, ul. Lisa Kuli 20** na rzecz wykonawcy „**DPC A. Danylczenko i Spółka**” **Spółka jawna, 45-089 Opole, ul. Konsularna 1 lok. 21,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „**DPC A. Danylczenko i Spółka**” **Spółka jawna, 45-089 Opole, ul. Konsularna 1 lok. 21.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi audytu zewnętrznego działań zrealizowanych w ramach Roczego Planu Działania Pomocy Technicznej Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki na rok 2007-2008. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2009 r. pod pozycją 119051-2009.

W dniu 18 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na fakt, iż w postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Zamawiający jednocześnie stwierdził, iż oferta wykonawcy „DPC A. Danylczenko i Spółka” Spółka jawna podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, iż oferta „DPC A. Danylczenko i Spółka” Spółka jawna podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na brak w ofercie wykonawcy opisu technik audytu przez przedstawienie ich szczegółów czy opatrzenie objaśnieniami, podczas gdy w pkt 2 Załącznika nr 6 do Specyfikacji Zamawiający wymagał Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia przez podanie m.in. w pkt 2.1 liczby technik audytu i ich opisu.

W dniu 24 sierpnia 2009 r. wykonawca „DPC A. Danylczenko i Spółka” Spółka jawna zwany dalej Odwołującym wniósł protest wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, względnie, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz unieważnienia postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty zgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez stosowanie kryteriów ceny nieopisanych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- względnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez stawianie zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia bez uprzedniego uzyskania wyjaśnień treści oferty, a w wyniku powyższego także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

- względnie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających, że oferowana usługa spełnia wymagania Zamawiającego,

- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, iż w złożonej przez siebie ofercie przedstawił zgodnie z wymaganiem określonym w pkt 2.1 Załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 22 techniki audytu wraz z odpowiednim opisem, który jednoznacznie identyfikuje poszczególne techniki. Zauważył, że odpowiednia adnotacja o dokumencie zawierającym liczbę i opis technik audytu została zawarta w pkt 2.1 Formularza ofertowego (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Odwołujący podkreślił, iż jest profesjonalistą i posiada wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia, zna zatem podstawową terminologię audytorską, do której odnosi się przedmiot zamówienia, i która to terminologia została przytoczona w opisie technik audytu. Terminologia ta jest też, na co zwrócił uwagę Odwołujący, powszechnie dostępna na stronach internetowych dotyczących audytu m.in.: Ministerstwa Finansów, Krajowej Izby Biegłych Rewidentów czy Stowarzyszenia Audytorów Wewnętrznych (IIA).

Jak zauważył Odwołujący, w Specyfikacji nie określono żadnych parametrów opisu technik audytu wskazujących na pożądany poziom precyzji opisu, np. wymaganą minimalną i maksymalną ilość znaków lub słów opisu. Ocenie podlega wyłącznie liczba technik audytu, które będą stosowane podczas realizacji audytu (pkt 16.2 Specyfikacji), a nie ich opis. Co więcej, Zamawiający nie określił minimalnej liczby technik audytu, wymaganej w ofercie, a zatem, zdaniem Odwołującego, tym bardziej niekonsekwentne i nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji. Skoro bowiem, jak stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji „Wykonawca (...) nie wszystkie techniki opisał poprzez przedstawienie ich szczegółów czy opatrzenie objaśnieniami”, to część technik, nawet wobec nieuprawnionych wymogów i kryteriów Zamawiającego (innych niż opisane w Specyfikacji), spełnia jego oczekiwania i powinna być poddana ocenie.

Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający nie żądał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „objaśnień” technik audytu, zatem stawianie tego rodzaju wymogu, jako podstawy odrzucenia oferty jest, zdaniem Odwołującego, nieuprawnione i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Wiedzę na temat danej techniki audytu Zamawiający mógł uzyskać, jak stwierdził Odwołujący, zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający miał również, zgodnie z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż jego oferta w pełni czyni zadość wymogom Zamawiającego określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie spełnia jedynie nowych kryteriów, które Zamawiający ustanowił na etapie oceny ofert w oderwaniu od treści Specyfikacji, takich jak „objaśnienia technik audytu” lub „Poziom precyzji opisu technik audytu”.

Odwołujący wywiódł z postanowienia pkt 5 Załącznika nr 1 do Specyfikacji, gdzie stwierdzono, iż Zamawiający zobowiązał wykonawcę do „(...) opracowania i przedstawienia Zamawiającemu do akceptacji programu audytu zawierającego szczegółową metodologię prowadzenia audytu (...)”, że na tym etapie realizacji zamówienia Zamawiający będzie uprawniony do wnoszenia ewentualnych uwag dotyczących precyzji opisu metodologii audytu, w tym proponowanych technik audytu, które miały być zastosowane w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających składał tożsame opisy technik audytu, które nie były przez nich kwestionowane.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie protestu w całości,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosili w dniu 26 sierpnia 2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. i Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 września 2009 r. (pismem z dnia 3 września 2009 r.) przez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż nie był uprawniony do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem spowodowałoby to istotną zmianę

w treści oferty Odwołującego. Zamawiający zwrócił uwagę, iż ilość metod audytu stanowi kryterium oceny ofert (30%), a zatem w sposób istotny rzutowała na wybór najkorzystniejszej oferty. Ewentualne wyjaśnienia dokonane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiłyby, w jego ocenie, niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 9 września 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty zgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez stosowanie kryteriów oceny ofert nieopisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- względnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez stawianie zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia bez uprzedniego uzyskania wyjaśnień treści oferty, a w wyniku powyższego także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- względnie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających, że oferowana usługa spełnia wymagania Zamawiającego,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołując wniósł o:

- uwzględnienie protestu i odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 15 września 2009 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. i Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o.

Na podstawie § 16 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2009 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w zw. z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp Izba nie dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. i Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. jako przystępującego po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy nie mają interesu prawnego w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Odwołującego, bowiem potwierdzenie się stawianych przez Odwołującego zarzutów pozostaje bez wpływu na ocenę oferty zgłaszającego przystąpienie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 52 000 PLN, co stanowi równowartość 13 412,09 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

W terminie składania ofert oferty złożyło 3 wykonawców, żaden z nich nie został wykluczony, wszystkie oferty zostały odrzucone (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2/PN,NBO,ZOC).

Ranking wszystkich ofert pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

1. „DPC A. Danylczenko i Spółka” Spółka jawna – 9 723,40 PLN,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o. i Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. – 18 178,00 PLN,
3. AUDITIO Sp. z o.o. – 23 058,00 PLN.

Uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy, którego oferta została odrzucona, wobec unieważnienia przez Zamawiającego postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż wymaganiem Zamawiającego było, aby wykonawcy określili liczbę technik audytu i ich opis (pkt 2.1 Załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Odwołujący na stronie 3 swojej oferty wskazał liczbę 22 technik audytu stwierdzając jednocześnie, iż opis technik został przedstawiony w osobnym dokumencie i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, iż w dokumencie tym w istocie, wskazane zostały przez Odwołującego 22 techniki audytu. Część z nich zawiera kilkudzaniowy opis lub określenie sytuacji, w jakiej dana technika zostanie zastosowana. Część z wymienionych technik audytu została opisana wyłącznie przy pomocy nazw. Powyższe nie stanowi jednak, w ocenie Izby, niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem nazwy użyte przez Odwołującego same w sobie zawierają opis danej techniki i nie wymagają dodatkowych objaśnień.

Biorąc pod uwagę fakt, iż poziom szczegółowości wymaganego opisu nie został przez Zamawiającego doprecyzowany, brak jest możliwości postawienia wykonawcy zarzutu, jak uczynił to Zamawiający w informacji z dnia 18 sierpnia 2009 r., braku opisu technik audytu przez przedstawienie ich szczegółów czy opatrzenie objaśnieniami. W sytuacji, gdy celem Zamawiającego było uzyskanie szczegółowych procedur realizacji poszczególnych technik, powinien był stosownie wymagać zamieścić w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Na uwagę zasługuje przy tym fakt, iż formułując pkt 2 Załącznika nr 6 do Specyfikacji Zamawiający określił, iż wymaga szczegółowego opisu realizacji przedmiotu zamówienia, jednak stawiając wymaganie w pkt 2.1. Załącznika nr 6 nie użył takiego określenia pozostawiając wykonawcom dowolność w tym zakresie.

Podkreślić należy jednocześnie, iż wymaganie Zamawiającego polegało wyłącznie na formalnym zamieszczeniu jakiegokolwiek opisu - Zamawiający nie pozostawił sobie prawa do weryfikacji merytorycznej zamieszczonych opisów, zaniechał zamieszczenia w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień, które pozwalałyby mu na weryfikację technik pod kątem ich przydatności do realizacji zamówienia, nie wskazał również minimalnej liczby, nie wymienił podstawowych technik, których zastosowanie jest niezbędne do właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, zdaniem Izby, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez stosowanie kryteriów oceny ofert nieopisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zostały przez Zamawiającego w toku postępowania wprowadzone dodatkowe, inne niż pierwotnie określone kryteria oceny ofert, tj. „objaśnienia technik audytu” czy „poziom precyzji opisu technik audytu”. Należy zdecydowanie odróżnić ocenę ofert dokonywaną przy pomocy ustanowionych kryteriów od oceny zgodności merytorycznej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym stwierdzony przez Zamawiającego brak opisu technik audytu stał się podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na stwierdzoną powyżej zgodność złożonej przez Odwołującego oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w związku z tym brak konieczności dokonywania wyjaśnień w spornym zakresie, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, do czego jest zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) tj. nierównego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji lub naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....