

Sygn. akt: KIO 1606/15

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Parita Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Piastowska 10, 65-001 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Parita Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Piastowska 10, 65-001 Zielona Góra i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Parita Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Piastowska 10, 65-001 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę, wdrożenie i utrzymanie Lokalnego Systemu Informatycznego służącego do obsługi Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014 – 2020 na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 lipca 2015 r., poz. 171896.

W dniu 22 lipca 2015 r. (pismem z dnia 21 lipca 2015 r.) zamawiający poinformował wykonawcę Parita Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w którym podał m.in., iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wykaz wykonanych usług oraz zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W rozdziale VII ust. 1 SIWZ, zgodnie z z ustawą Pzp i rozporządzeniem Prezesa Rady ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów zamawiający żądał dokumentów:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Reasumując stwierdził, iż wykonawca nie dołączył tych dokumentów, nie potwierdzając przy tym spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegającym na wykonaniu, co najmniej 2 prac programistycznych mających na celu budowę serwisów internetowych obejmujące bazy danych w architekturze klient serwer o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł każda usługa.

W dniu 27 lipca 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 lipca 2015 r.) wobec czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego a w konsekwencji oceny ofert, w tym odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy i wyboju oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - poprzez co najmniej przedwczesne odrzucenie oferty wyżej wskazanej pomimo nieistnienia obiektywnych przesłanek dla jej odrzucenia,
2. art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie wykonawcy w konsekwencji odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy oferta winna podlegać ewentualnemu uzupełnieniu i dalszej ocenie wraz z pozostałymi niewykluczonymi ofertami,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia uzupełnionych ofert w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie,
5. art. 36 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie obligatoryjnego wezwania odwołującego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i następnie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyżej wskazanych,
2. dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w piśmie z dnia 21 lipca 2015 r. - zawiadomieniu o wyniku postępowania, uzasadniając odrzucenie oferty i wykluczenie wykonawcy zamawiający wskazał wprost, że odwołujący przedłożył w wymaganym prawem terminie wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, podał ich wartość, przedmiot, daty wykonania oraz nazwy podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane. Odwołujący spełnił w całości wymogi, jakie postawił przed nim zamawiający w tym konkretnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a zatem na tym etapie postępowania jego oferta nie mogła podlegać odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie mogło to nastąpić w wyniku zgodnego z żądaniem

zachowania wykonawcy polegającego na uzupełnieniu wykazu (przedłożeniu załącznika nr 6 do SIWZ)

Zamawiający na etapie wezwania do uzupełnienia oferty nie mógł wszakże wiedzieć, że wykaz usług będzie obejmował usługi wykonane przez podmiot trzeci, z którego potencjału korzysta będzie wykonawca odwołujący - więc do momentu otrzymania kompletnego formularza załącznika nr 6 do SIWZ nie zaktualizował się obowiązek zamawiającego do żądania dokumentów wykazujących, wobec korzystania z potencjału podmiotu trzeciego – sposobu i zakresu, w jakie korzystanie to będzie się odbywało. Skoro zatem ta część oferty nie była przedmiotem wezwania do uzupełnienia - nie mogła podlegać ocenie bez kolejnego wezwania do uzupełnienia tego, wszakże innego zakresowo fragmentu oferty. Wykonawca złożył, co prawda, i to ponad ówczesne żądanie zamawiającego, zobowiązanie Tylda Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jednakże z uwagi na aktualizację konieczności oceny tego dokumentu dopiero w wyniku uzupełnienia dokumentów - ta część oferty podlega odrębnej analizie i w tym zakresie zamawiający ma obowiązek, w przypadku powzięcia wątpliwości, co do treści oferty - żądać wyjaśnień (jakie mogą być udzielane wielokrotnie w toku oceny ofert) lub - jednorazowo w zakresie danej części oferty - żądać uzupełnienia o stosowne dokumenty. Zamawiający de facto wykorzystał zatem czynność wykonawcy spoza żądanego katalogu uzupełnień w taki sposób, by wykluczyć go z postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu” podał, iż wymaga, aby wykonawcy spełniali warunku udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazując w rozdziale VII SIWZ „Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”, że „uzna spełnienie warunków udziału w postępowaniu (...) jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 prace programistyczne mające na celu budowę serwisów internetowych obejmujące bazy danych a architekturze klient serwer o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł każda usługa”.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu” – zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą „Wykazu usług”.

Zamawiający, pismem z dnia 17 lipca 2015 r., wezwał odwołującego, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi były wykonywane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący w dniu 21 lipca 2015 r. złożył m.in. „Wykaz usług” oraz „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący, w ramach uzupełnienia brakujących dokumentów, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (sekcja III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu), złożył „Wykaz usług” oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego. Wykonawca ten, wykazując spełnienie tego warunku, polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. Tylda Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. W

tych okolicznościach, dla uznania rzeczywistego i realnego dysponowania zasobem wiedzy i doświadczenia, wykonawca zobowiązany był przedstawić zamawiającemu zobowiązanie, z którego w sposób jednoznaczny wynikałyby informacje, których przedstawienia żądał zamawiający w treści SIWZ, tj.:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Tymczasem w treści zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez odwołującego jedynie wskazano, że „wykonawca Parita Sp. z o.o. może polegać na wiedzy i doświadczeniu” i „zobowiązuje się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...)”, jak również, że Tylda Sp. z o.o. nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tak więc ze złożonego zobowiązania poza ogólnymi sformułowaniami nie wynika szereg informacji żądanych przez zamawiającego, a pozwalających na stwierdzenie rzeczywistego udziału Tylda Sp. z o.o. przy realizacji tego zamówienia, mimo iż – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – to wykonawca korzystający z zasobów podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi być bowiem udowodnione w sposób nie budzący żadnych wątpliwości i okoliczność ta (realność udostępnienia) musi wynikać ze złożonych dokumentów. A taka okoliczność (wykazanie realności udostępnienia), w tym stanie faktycznym, jak już wyżej wskazano, nie miała miejsca. Skoro odwołujący wezwany do uzupełnienia oferty (brakującego dokumentu) złożył w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego to do niego należał obowiązek udowodnienia możliwości dysponowania potencjałem tego podmiotu.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie daje podstaw do wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zasadą jest bowiem wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert lub wniosków. Odwołujący, nie załączając do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym także „Wykazu usług”, wziął na siebie ryzyko tego, że w przypadku uzupełnienia brakujących dokumentów musi złożyć dokumenty prawidłowe, gdyż inaczej będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. „Wykonawca, który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwany do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. (...) to na wykonawcy spoczywa inicjatywna, co do sposobu wykazania tego warunku – jeśli wezwany wykonawca zdecyduje się w miejsce uprzednio

złożonych, a uznanych z wadliwe dokumentów, złożyć następne, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, jego zadaniem jest złożyć kompletny i poprawny zestaw dokumentów. Zamawiający w takim wypadku nie jest zobligowany do ponownego wzywania, aż do skutku w postaci uzyskania poprawnego kształtu oferty i dokumentów nań się składających” (wyrok KIO z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt KIO 419/12). Dlatego też Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, z treści zobowiązania Tylda Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze nie wynika bowiem, jaki zakres posiadanych zasobów zostanie udostępniony i jak te zasoby zostaną wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a zatem podniesiony przez niego zarzut nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: