

WYROK/POSTANOWIENIE*
z dnia 7 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~* w dniu ~~w dniach~~ 7 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74** i **Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska, Centrum Infrastruktury z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 26** protestu ~~protestów~~* z dnia 29 września 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego **xxx** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74 i Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74** i **Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx złotych xx groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74** i **Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne sektorowe w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę, montaż, szkolenie, uruchomienie i serwis gwarancyjny maszyn rozdzielczych do opracowania przesyłek listowych i paczek zostało wszczęte przez Polskie Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska, Centrum Infrastruktury z siedzibą w Warszawie, ul. Rakowiecka 26 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2008/S 103-138515 w dniu 29 maja 2008r.

W dniu 24 września 2008r. Zamawiający dokonał badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach części 1 i 2 i na podstawie art. 24 ust. 3 poinformował Konsorcjum firm Asseco Systems S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74 i Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2 o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. Dz. U. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – w skrócie ustawa) stwierdzając, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III pkt. 2.3. Z wniosku złożonego przez wykonawcę wynika, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia spełniają podwykonawcy, tj. firma Solystic S.A.S. w części 1 oraz firma Beumer GmbH w części 2, a nie konsorcjanci. Zamawiający poinformował także o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w części 1 i 2 zamówienia. Na tę czynność w dniu 29 września 2008r. złożyło protest Konsorcjum firm Asseco Systems

S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 74 i Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2 – zwane dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 4 ust. 2, art. 44 ust. 3, art. 48 ust. 3 i 4 Dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania Zamówień Publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L. 2004 nr 134 str. 114) oraz naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i wniosło o unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania w części 1 i 2 i dopuszczenia Odwołującego do udziału w dalszym postępowaniu w części 1 i 2. W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że wykluczenie Odwołującego dokonane przez Zamawiającego z tego powodu, że Odwołujący wykazał posiadane doświadczenie za pomocą doświadczenia podwykonawców jest sprzeczne z powołanymi przepisami Dyrektywy nr 2004/18/WE, która została implementowana do systemu prawa polskiego ustawą z dnia 7 kwietnia 2006r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. nr 106 poz. 719). Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, według przepisów Dyrektywy brak jest podstaw do żądania wykazania się wiedzą i doświadczeniem wyłącznie przez wykonawców – członków konsorcjum i że za wystarczające należy uznać spełnienie tych warunków przez podwykonawców. Na potwierdzenie swoich twierdzeń przytoczył brzmienie art. 48 ust. 3 i 4 Dyrektywy. Jego zdaniem z tych przepisów wynika, że o zamówienie publiczne mogą się ubiegać pojedynczy wykonawcy lub grupy wykonawców. Przy czym mogą oni korzystać z kwalifikacji innych podmiotów, a udowodnienie tych kwalifikacji może nastąpić m. in. za pomocą wykazu głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych i prywatnych. Sformułowanie „grupa wykonawców może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów” jednoznacznie, według Odwołującego, dopuszcza możliwości wykazywania się doświadczeniem podwykonawców za pomocą środków wskazanych w art. 48 ust. 2 Dyrektywy. Odwołujący podkreślił, że narzucanie przez Zamawiającego obowiązku tworzenia konsorcjów godzi w interesy wykonawcy i uniemożliwia udział w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w dniu 25 sierpnia 2008r. pisemnie wykazywał Zamawiającemu nieracjonalność poglądu, zakazującego wykazywaniem się doświadczeniem za pomocą podwykonawców, gdyż taka sytuacja nie grozi interesom Zamawiającego i jest zgodna z zasadą konkurencyjności i swobodnego dostępu do rynku. Uznał, że literalna wykładnia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy nie ma uzasadnienie. Podkreślił, że w przypadku kolizji prawa krajowego z prawem wspólnotowym, prawo wspólnotowe powinno być stosowane wprost na podstawie art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Wskazał, że niezależnie od tego czy w przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie dyrektywa nr 2004/18/WE czy też Dyrektywa 2004/17/WE oba akty zawierają analogiczne postanowienia. Odwołujący zacytował także treść art. 54 ust. 6 Dyrektywy nr

2004/17/WE wskazując, że przepis ten odnosi się do możliwości polegania na możliwościach technicznych i zawodowych podwykonawców i tę zasadę stosuje się także do grup wykonawców, w tym konsorcjów. Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w złożeniu retestu, gdyż interpretacja dokonana przez Zamawiającego uniemożliwia mu ubieganie się o zamówienie.

Zamawiający w dniu 8 października 2008r. rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że przepis art. 48 Dyrektywy nie może być stosowany wprost, gdyż nie formułuje on jednoznacznych dyspozycji dla stosującego i odnosi się do pewnego stanu, który powinien być interpretowany in casu. Wywód zatem Odwołującego, co do bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego w tym zakresie jest chybiony. Nadto nawet gdyby przyjąć dopuszczalność bezpośredniego stosowania dyrektywy, to przepis art. 48 odnosi się do implementowania zasobów kadrowych lub materialnych innych podmiotów i nie można, zdaniem Zamawiającego, tworzyć takiej możliwości dla doświadczenia. Art. 48 ust. 5 przewiduje kwalifikację wykonawców także w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia. W ocenie Zamawiającego warunek doświadczenia zawarty w ogłoszeniu powinien spełnić wykonawca lub wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Wskazał, że na gruncie prawa polskiego istnieje różnica w możliwości posłużenia się potencjałem kadrowym i zasobami materialnymi podwykonawcy, a wymaganym doświadczeniem, która odzwierciedla art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy. Obecna nowelizacja dodała jedynie zapis dotyczący potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie zmieniła postanowień tego przepisu w zakresie doświadczenia, gdyż zastrzeżenia Komisji Europejskiej nie odnosiły się do tej części przepisu.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 13 października 2008r. podtrzymując zarzuty i wnioski zawarte w proteście. W uzupełnieniu wcześniejszej argumentacji Odwołując podniósł, że ust. 5 art. 48 nie może być interpretowany w ten sposób, że dzieli pewne „zdolności” na te, które mogą być wykazane wyłącznie przez wykonawców i te, dla których mogą być udziałem podwykonawców. Wydzielenie ustępu 5 art. 48 wynikało jedynie z zakresu przedmiotowego Zamówień wymienionych w ust. 5, a obowiązek zawarty w zdaniu 2 ust. 3 wymagał odrębnego wyartykułowania, bo środki dowodowe wymienione w art. 48 ust. 2 mają odmienny charakter.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w ogłoszeniu zawarł następujący warunek dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie zrealizowali:

1) dla Części 1 – dostawy lub dostawę co najmniej: 3 maszyn rozdzielczych do opracowywania przesyłek listowych standardowych oraz co najmniej 3 maszyn rozdzielczych do opracowywania przesyłek listowych dużych formatów (flats). Dostawy obejmowały maszyny, które muszą łączyć funkcję rozdziału wstępnego i szczegółowego przesyłek listowych, w przypadku maszyn do opracowywania przesyłek listowych standardowych do zasobników rozmieszczonych na dwóch poziomach. W ramach dostaw wykonywane były następujące czynności: montaż, uruchomienie, przeprowadzenie szkolenia pracowników Odbiorcy w zakresie obsługi maszyn oraz świadczenie usług z tytułu serwisu gwarancyjnego. Zamawiający uzna warunek za spełniony także wówczas, gdy świadczenie usług z tytułu serwisu gwarancyjnego nie zostało zakończone do dnia upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2) dla Części 2 – dostawy lub dostawę co najmniej 3 maszyn rozdzielczych do opracowywania paczek. W ramach dostaw wykonywane były następujące czynności: montaż, uruchomienie, przeprowadzenie szkolenia pracowników Odbiorcy w zakresie obsługi maszyn oraz świadczenie usług z tytułu serwisu gwarancyjnego. Zamawiający uznawał warunek za spełniony także wówczas, gdy świadczenie usług z tytułu serwisu gwarancyjnego nie zostało zakończone do dnia upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (odpowiednio do części zamówienia) - zgodnie z załącznikami nr 2a i 2b, które były dostępne na stronie internetowej Zamawiającego: www.poczta-polska.pl, z podaniem ich przedmiotu, zakresu, ilości, dat wykonania, Odbiorców oraz załączeniem dokumentów wystawionych przez podmioty na rzecz, których dostawy były realizowane potwierdzających ich należyte wykonanie.

3. W przypadku składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dwie części zamówienia wymagane jest posiadanie doświadczenia będącego sumą wymagań dla obu części.

4. W przypadku Wykonawców składających wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumenty, o których mowa w pkt. 2 powinni byli złożyć ten lub ci spośród Wykonawców, którzy są odpowiedzialni za spełnienie warunku. 5.

Zamawiający udzielając wyjaśnień nr 3 w dniu 15 lipca 2008r. na pytanie „Czy pojęcie wykonawcy odnosi się do podmiotów występujących wspólnie w ramach złożonej jednej ostatecznej oferty, czy też raczej jest to błąd wymagający sprostowania, gdyż Zamawiający miał na myśli oferentów ?” odpowiedział „w ustawie z dnia 29 stycznia 2005r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – dalej pzp, nie

występuje pojęcie „Oferent” natomiast występuje pojęcie „Wykonawca”, którego definicja zawarta jest w art. 2 pkt 11 pzp w następującym brzemieniu „Ilekcrc w ustawie jest mowa o: wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Odnosząc się do pytania w części dotyczącej podmiotów występujących wspólnie, art. 23 pzp dopuszcza taką możliwość.”

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2008r. zwrócił się do Odwołującego z żądaniem jednoznacznego potwierdzenia, że Odwołujący posiada doświadczenie zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu.

W dniu 28 sierpnia 2008r. Odwołujący złożył na powyższe żądanie wyjaśnienia wskazując, że według jego oceny i interpretacji prawnej doświadczenie podwykonawcy powinno być uznane przez Zamawiającego jako doświadczenie wykonawcy, w tym także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie skarżył treści ogłoszenia, nie składał zapytań do siwz w zakresie odnoszącym się do sposobu wykazania się doświadczeniem i dopuszczalności w tym zakresie złożenia dokumentów potwierdzających, że wymagane doświadczenie posiadają podwykonawcy, którymi Odwołujący ma zamiar posłużyć się przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący nie złożył także protestu na czynność wezwania go do wyjaśnienia i uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy protest składa się w terminie 7 dni od daty, w której wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach uzasadniających wniesienie protestu. O ile Izba uznaje, że z treści ogłoszenia wykonawcy nie mogli znać stanowiska Zamawiającego, co do sposobu przedstawiania dokumentów potwierdzających warunek określony w sekcji III pkt 2.3 ogłoszenia, a w szczególności kogo Zamawiający uzna za wykonawcę, o tyle te wątpliwości zostały wyjaśnione pismem Zamawiającego z 15 lipca 2008r. Zamawiający zawarł w nim wyraźne postanowienie, że dopuszcza możliwość składania ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 23 ustawy. Nadto, o tym, że Zamawiający nie dopuszcza legitymowania się doświadczeniem podwykonawców Odwołujący już wprost powziął wiadomość z wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w dniu 7 sierpnia 2008r. Mimo tej wiedzy Odwołujący nie podjął czynności zapobiegających wyeliminowaniu jego wniosku z udziału w postępowaniu. W dniu 7 sierpnia 2008r. Zamawiający jasno wskazał, że nie uznaje wniosku Odwołującego za spełniający warunek określony w sekcji III pkt 2.3

ogłoszenia i wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów pod rygorem wykluczenia z postępowania. Zatem dzień 7 sierpnia 2008r. był datą, w której Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu, a więc o czynności Zamawiającego, która jego zdaniem naruszała jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia. O tym, że Odwołujący uznawał czynność Zamawiającego za naruszającą jego interes prawny świadczy dobitnie treść pisma Odwołującego z dnia 28 sierpnia 2008r. Tym samym termin do wniesienia protestu na odmowę uznania za spełnienie warunku doświadczenia podwykonawców upłynął w dniu 14 sierpnia 2008r. Biorąc pod uwagę fakt, że protest nie został wniesiony w terminie, odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy. Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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) na niniejsze wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....