

Sygn. akt: KIO/UZP 1258/09

WYROK
z dnia 14 września 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Anna Packo

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Accenture Sp. z o.o., Accenture, Accenture Australia Holdings Pty Ltd, 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., PricewaterhouseCoopers Private Ltd, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Accenture Sp. z o.o., Accenture, Accenture Australia Holdings Pty Ltd, 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39**

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 **Konsorcjum: Accenture Sp. z o.o., Accenture, Accenture Australia Holdings Pty Ltd, 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 538 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Accenture Sp. z o.o., Accenture, Accenture Australia Holdings Pty Ltd, 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39** na rzecz **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Accenture Sp. z o.o., Accenture, Accenture Australia Holdings Pty Ltd, 00-121 Warszawa, ul.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący – konsorcjum firm: Accenture sp. z o. o. w Warszawie (lider konsorcjum), Accenture w Dublinie i Accenture Australia Holdings PTY Ltd w Pymont uczestniczący w postępowaniu na „Opracowanie Koncepcji transformacji działania administracji podatkowej w ramach programu e-Podatki obejmującego projekty e-Deklaracje 2, e-Podatki, e-Rejestracja, zamieszczone na liście indykatywnej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 – 2013” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Ministerstwo Finansów naruszenie:

1/ art. 7 ust. 1 w zw. z art. 114 ustawy poprzez zaniechanie sprawowania należytego nadzoru nad pracą Sąd Konkursowego i zatwierdzenie wyników konkursu, mimo że zachodziły przesłanki jego unieważnienia, gdyż skład sądu konkursowego i sposób oceny prac konkursowych były niezgodne z regulaminem konkursu.

2/ art. 7 ust. 1 w zw. z art. 114 ustawy poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zgodny z uprzednio ustalonym regulaminem konkursu i zaniechanie sprawowania należytego nadzoru nad pracą sądu konkursowego, w tym w szczególności dopuszczenie do sytuacji, w której w toku postępowania zmieniane są zasady oceniania prac konkursowych i sporządzane były dokumenty zawierające sprzeczne stwierdzenia, co wskazuje na możliwość poświadczania nieprawdy w tych dokumentach,

3/ art. 7 ust. 1 w zw. z art. 124 oraz w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez zatwierdzenie wyników konkursu i zaniechanie unieważnienia konkursu, mimo że skład sądu konkursowego i sposób oceny prac konkursowych były niezgodne z regulaminem konkursu oraz, mimo iż rozstrzygnięcie konkursu uznało za zwycięzcę uczestnika, co do którego istniały przesłanki do wykluczenia tego uczestnika z udziału w postępowaniu, co miało wpływ na wynik postępowania,

4/ art. 112 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie zmian w składzie sądu konkursowego przez ten sąd, mimo, iż podmiotem do tego uprawnionym jest wyłącznie zamawiający,

5/ dokonanie oceny prac konkursowych i identyfikacji ich autorów oraz zatwierdzenia wyników konkursu przed rozstrzygnięciem protestów i odwołań dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez niektórych uczestników konkursu, co stanowi naruszenie w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy,

6/ art. 120 ust. 1 i 2 w zw. z art. 114 oraz art. 120 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie ewentualnego wezwania konsorcjum firm PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. i PricewaterhouseCoopers Private Ltd do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia oraz zaniechanie wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu i zatwierdzenie rozstrzygnięcia, w którym uznano to konsorcjum za zwycięzcę konkursu, mimo iż istniały przesłanki do wykluczenia tego uczestnika z uwagi na niespełnienie przez niego warunków udziału w konkursie.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o:

1/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o zatwierdzeniu wyników konkursu i dokonanie powtórnej oceny spełniania warunków udziału w konkursie,

2/ nakazanie Zamawiającemu wykluczenia konsorcjum firm PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. i PricewaterhouseCoopers Private Ltd z udziału w postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,

3/ ewentualne nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum firm PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. i PricewaterhouseCoopers Private Ltd do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w przypadku uznania, że istnieją przesłanki do takiego wezwania,

4/ nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny prac konkursowych uczestników, którzy nie podlegają wykluczeniu i dokonanie wyboru oraz zatwierdzenie wyboru pracy Odwołującego, jako najlepszej z prac uczestników nie podlegających wykluczeniu,

5/ w przypadku uznania, że nie jest możliwe dokonanie ponownej oceny złożonych prac konkursowych – nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia kolejnego terminu składania prac oraz dokonanie oceny ponownie złożonych prac konkursowych i zatwierdzenie rozstrzygnięcia konkursu,

6/ w przypadku uznania, że nie jest możliwe ponowne złożenie prac w tym postępowaniu i ponowna ich ocena – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia całego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, a z uwagi na wskazane naruszenia, w ocenie prac nie brał udziału jeden z sędziów, co wobec niewielkiej różnicy w punktacji przyznanej pracom konkursowym wskazuje na możliwość zmiany ostatecznego wyniku na korzyść Odwołującego, natomiast w razie wykluczenia konsorcjum PwC szanse uzyskania zamówienia przez Odwołującego niewątpliwie by wzrosły.

Uzasadniając zarzuty 1-5 Odwołujący stwierdził, że w toku oceny prac konkursowych doszło do naruszeń przepisów ustawy oraz regulaminu konkursu. Wskazując na protokół nr 4 stwierdził, że sąd zdecydował o dokonaniu oceny prac w wyłączeniu uczestnictwa i oceny jednego członka sądu konkursowego. Z tego względu sąd dokonał „uśrednienia” liczby punktów mimo braku podstaw w regulaminie. Odwołujący wskazał, że sąd składał się z sześciu członków, jednak ocena została dokonana przez pięciu członków sądu. W ocenie Odwołującego regulamin konkursu nie przewidywał możliwości dokonywania zmian w składzie sądu i wykonywania prac w zmniejszonym składzie. Stwierdził, iż udział osoby nieobecnej mógł mieć wpływ na wynik oceny prac konkursowych, w tym doprowadzić do wyboru jego pracy. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że zmian w składzie sądu mógłby dokonywać Zamawiający, a nie sam sąd konkursowy. Wskazał, że osoba przebywająca na urlopie wypoczynkowym, ewentualnie odwołana ze stanowiska, nie została odwołana ze składu sądu konkursowego. Wskazał również na rozbieżność dat posiedzeń sądu konkursowego (24.06 -26.06 oraz 24.07) z datą indywidualnej oceny dokonanej przez przewodniczącego sądu w dniu 14 lipca. Dodatkowo zwrócił uwagę na datę 14.09 figurującą na jednej z kart ocen, wypełnionej przez tego sędziego. Wskazując powyższe poddał w wątpliwość prawidłowość i zgodność z prawem dokonanego rozstrzygnięcia sądu konkursowego z uwagi na możliwość manipulowania dokumentacją postępowania.

Uzasadniając zarzut 6 dotyczący konkurencyjnego wykonawcy konsorcjum firm PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. i PricewaterhouseCoopers Private Ltd Odwołujący stwierdził, że uczestnik ten, wg wiedzy Odwołującego, nie legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, a złożenie oświadczenia o spełnianiu przez to konsorcjum

warunków udziału w postępowaniu stanowiło podanie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania. Z ostrożności, Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien był wezwać uczestnika do uzupełnienia dokumentów wykazujących posiadanie wymaganego doświadczenia.

W toku rozprawy Odwołujący odstąpił od popierania zarzutów skierowanych w stosunku do Przystępującego.

Zamawiający uznał zarzuty w zakresie punktów 1-5 za nieuzasadnione, natomiast w zakresie punktu 6 jako spóźnione i nieudowodnione.

Zamawiający stwierdził, że w składzie powołanego zgodnie z prawem Sądu Konkursowego nie występował brak uniemożliwiający dokonanie przez ten Sąd wiążących czynności w toku konkursu. Wskazał, że niemożność wykonywania czynności przez jednego z członków sądu wynikała z przyczyn niezależnych lecz nie wpłynęła na możliwość prowadzenia działalności przez sąd i wydawanie merytorycznych orzeczeń w toku konkursu. Powołał art. 112 ust. 3 i 113 ust. 1 i 2 ustawy dotyczące minimalnego składu sądu konkursowego i jego charakteru jako zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że sąd konkursowy postępował zgodnie postanowieniami Regulaminu Konkursu. Zamawiający potwierdził, że jak wynika z protokołu z 24.07.2009 r. Sąd Konkursowy dokonał rozstrzygnięcia konkursu bez udziału jednego z członków. Nieobecność tego członka wynikała z konieczności wykorzystania zaległego urlopu w związku ze złożeniem wniosku o przejście na emeryturę. W ocenie Zamawiającego skład i czynności Sądu były zgodne z przepisami prawa, a nie udowodnione jest twierdzenie Odwołującego jakoby ewentualny głos nieobecnego członka Sądu mógł zmienić ostateczny wynik oceny na korzyść Odwołującego.

Zamawiający wskazał nadto, że kolejne działania Sądu były zatwierdzane przez osobę wykonującą czynności w imieniu Zamawiającego, co oznacza, że odbywały się za jego wiedzą i zgodą; uwaga ta dotyczy również pracy sądu w składzie pięcioosobowym.

Zamawiający stwierdził, że dokonanie czynności oceny prac przez jednego z członków sądu w terminie późniejszym nie narusza postanowień Regulaminu i ustawy, brak jest zatem podstaw do sugerowania, że dokumenty mogą zawierać nieprawdziwe stwierdzenia, zwłaszcza, że Odwołujący nie określił, na czym zarzucana nieprawdziwość miałyby polegać, brak jest również dowodu na tę okoliczność.

Odnośnie zarzutu dotyczącego konsorcjum firm PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. i PricewaterhouseCoopers Private Ltd Zamawiający wskazał na brak dowodów zakresie podnoszonych zarzutów, zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że informacja o uczestnikach postępowania zaproszonych do udziału w Konkursie została im przekazana dnia 8 czerwca 2009 r. i dzień ten stanowił pierwszy dzień

terminu do wniesienia ewentualnego protestu dotyczącego niespełnienia przez danego Uczestnika Konkursu warunków udziału postawionych przez organizatora konkursu. Wobec upływu terminu uznał, że zarzut na mocy art. 180 ust. 7 ustawy podlega odrzuceniu.

W skierowanym do Izby piśmie procesowym wskazał ponadto na treść regulaminu planowania zamówień publicznych i udzielania zamówień publicznych obowiązującego w Ministerstwie Finansów. Zauważył, że ma on zastosowanie w postępowaniu konkursowym, a regulacje w nim zawarte dotyczące komisji przetargowej ze sformułowaną zasadą podejmowania decyzji w obecności co najmniej połowy członków, mają odpowiednie zastosowanie do decyzji sądu konkursowego.

Zamawiający wniósł również o dopuszczenie dowodu z oświadczenia przewodniczącego sądu konkursowego na okoliczność daty sporządzenia przez niego indywidualnej oceny pracy konkursowej.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu i odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, ustaliła i zważyła, co następuje.

W celu dokonania oceny zarzutów dotyczących składu osobowego Sądu Konkursowego, sposobu wykonywania czynności przez sąd, sprawowania nadzoru nad pracą Sądu Konkursowego i zatwierdzenia wyników konkursu, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił dowody z dokumentów w postaci Regulaminu Konkursu sporządzonego przez Zamawiającego i zatwierdzonego dnia 5 maja 2009 r. oraz 4 protokoły z posiedzeń Sądu Konkursowego. Ustalono, że postanowieniami rozdziału II Regulaminu organizator powołał Sąd Konkursowy złożony z sześciu członków, w tym przewodniczącego i wiceprzewodniczącego, jednakże wyznaczenie składu polegało na podaniu nazwisk członków bez literalnego wskazania ich liczby. Jak wynika z treści protokołu nr 2 w posiedzeniu nie uczestniczyło dwóch członków Sądu, w posiedzeniu opisanym protokołem nr 3 był nieobecny jeden członek, a przewodniczący uczestniczył w pierwszym dniu posiedzenia, natomiast w posiedzeniu dnia 24 lipca (protokół nr 4) nieobecny był członek Sądu wskazany w proteście i odwołaniu. Stwierdzono, iż w toku kolejnych posiedzeń Sąd Konkursowy wykonywał czynności zgodnie z zadaniami wynikającymi z Regulaminu Konkursu, a wszystkie dokonane ustalenia opisane w protokołach podlegały pisemnemu zatwierdzeniu przez osobę upoważnioną do działania w imieniu Zamawiającego.

Wobec powyższego ustalenia należy stwierdzić, że podniesiony zarzut o braku należytego nadzoru organizatora konkursu nad sądem w rozumieniu art. 114 ustawy Pzp jest nieuzasadniony.

Izba stwierdza, że powołanie skład osobowy Sądu Konkursowego nastąpiło zgodnie art. 112 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a w toku postępowania, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie dokonywano zmiany składu Sądu, zwłaszcza czynności takiej nie dokonywał Zamawiający ani sam skład Sądu. Należy zauważyć, że w Regulaminie nie sformułowano szczegółowych zasad pracy Sądu, w tym sposobu procedowania, zasad głosowania, quorum itp. W ocenie Izby brak takich ustaleń nie oznacza bezskuteczności czynności i ustaleń Sądu podejmowanych przy niepełnym składzie osobowym czyli braku obecności wszystkich wyznaczonych osób.. Do odmiennych wniosków mogłoby prowadzić jedynie jednoznaczne przepisy prawa wskazujące na taki skutek. Izba uznaje za znaczącą w omawianym zakresie okoliczność potwierdzania wyników prac Sądu przez Zamawiającego. Ponadto skład orzekający ocenia jako uzasadnione odpowiednie stosowanie przy pracach Sądu obowiązujących u Zamawiającego procedur udzielania zamówień publicznych, a w zakresie rozpatrywanym, zasadzie pracy organów kolegialnych jakimi są komisja przetargowa i sąd konkursowy. Procedury te są powszechnie dostępne na stronie internetowej Zamawiającego. Zasadność takiego stanowiska wynika również z faktu, że ustawodawca określając w art. 116 ust. 2 zawartość regulaminu konkursu nie wskazuje na obowiązek ustalania dla sądu szczególnych zasad działania wskazując jedynie w odniesieniu do sądu, że regulamin ma określać skład sądu konkursowego.

Odnosnie zarzutu niezgodnego z regulaminem sposobu oceny prac konkursowych, Izba nie stwierdziła zasadności zarzutu. W szczególności wskazać należy, że zgodnie z zasadami oceny prac konkursowych wskazanych w rozdziale I pkt 11. Regulaminu Konkursu „członkowie Sądu Konkursowego przyznają punkty oceniając pracę konkursową według każdego z kryteriów, (...), a w ramach każdego kryterium następuje sumowanie punktów przyznanych przez członków Sądu Konkursowego i obliczona zostaje średnia punktów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”. W świetle powyższej metody nie ma podstaw kwestionowania przez Odwołującego metody ustalania wyniku oceny na podstawie wielkości będącej średnią punktów, a zarzut o zmianie sposobu oceny jest tym samym niezasadny. W ocenie Izby Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że w razie dokonania oceny przez nieobecny członka sądu, mogłaby ulec zmianie punktacja przyznana jego pracy konkursowej.

Izba uznaje za nieudowodnione twierdzenie o realnej możliwości poświadczenia nieprawdy w dokumentacji Sądu wobec różnych dat ich sporządzenia w sytuacji, gdy przyczyna dokonania indywidualnej oceny przez jednego z członków Sądu w terminie późniejszym, została w sposób jawny przedstawiona w protokole posiedzenia. Izba przyjęła jako udowodnione okoliczności opisane w oświadczeniu przewodniczącego sądu konkursowego zawierające wyjaśnienie dotyczące przyczyn i rzeczywistej daty sporządzenia przez niego indywidualnej oceny pracy konkursowej.

W świetle dokonanych ustaleń Izba uznaje za niezasadne kwestionowanie wyników konkursu oraz żądanie jego unieważnienia.

Zarzutów podniesionych w stosunku do Przystępującego, wobec odstąpienia przez Odwołującego od ich popierania, Izba nie rozpatrywała.

W świetle powyższego, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wskazanej w złożonym rachunku mieszczącej się w kwocie przewidzianej przepisem § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

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 ze 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:

.....

.....