

Sygn. akt: KIO 2172/10

WYROK

z dnia 19 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **6 października 2010 r.** przez **Deloitte Business Consulting Spółkę Akcyjną, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miasta Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Urzędowi Miasta Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Deloitte Business Consulting Spółkę Akcyjną, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19 i dokonanie ponownej oceny wniosku**
- 2. kosztami postępowania obciąża Urząd Miasta Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Deloitte Business Consulting Spółkę Akcyjną, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Urząd Miasta Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17** na rzecz **Deloitte Business Consulting Spółki Akcyjnej, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Miasta Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 – prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Audyt organizacyjny Urzędu Miasta Poznania i Miejskich Jednostek Organizacyjnych”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 6 października 2010 roku wykonawca Deloitte Business Consulting S.A. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu i zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy.

W ocenie odwołującego się zamawiający dokonał naruszenia przepisów ustawy Pzp, to jest: art. 24 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust 2b, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających poprzez:

- 1) wykluczenie odwołującego się z postępowania w związku z błędnym założeniem zamawiającego o niewykazaniu spełnienia warunku określonego w pkt V.2.1 Instrukcji dla Wykonawców dotyczącej przygotowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (lub pkt III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu) w powiązaniu z interpretacją w zakresie korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu;
- 2) unieważnienie postępowania.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie

1. ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu
2. uznania wniosku Deloitte o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za spełniający warunki udziału w postępowaniu;
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w piśmie z dnia 30 września 2010 r. poinformował odwołującego się, iż:

- a) „Zamawiający wykluczył wykonawcę Deloitte z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunku określonego w pkt. V.2.1. Instrukcji i ogłoszeniu o zamówieniu”;
- b) „Zamawiający wymagał od Wykonawcy wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania z należytą starannością, co najmniej dwóch

audytów organizacyjnych (...). Wykonawca oraz podmiot, na którego doświadczeniu wykonawca polega wykazali doświadczenie w zakresie wykonania jednego audytu organizacyjnego w przytoczonym powyżej zakresie.";

- c) „przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostało unieważnione w związku z niezłożeniem żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu”.

Zamawiający w piśmie wyjaśniającym z dnia 5 października 2010 r., potwierdził, że uznaje za spełniające warunek posiadania wymaganego doświadczenia dwie z trzech pozycji wskazane w wykazie usług (pozycję numer 1 i 3). W tym samym piśmie wskazuje, że wymaga aby doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch audytów organizacyjnych pochodziło od jednego wykonawcy lub podmiotu użyczającego wiedzy i doświadczenia: *zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, jednakże zamawiający nie może uznać warunku za spełniony w sytuacji, kiedy każdy z podmiotów zrealizował jedną pracę. Za spełnienie warunku uznane może być tylko wykonanie dwóch audytów przez którykolwiek z podmiotów przewidzianych do realizacji zamówienia”.*

Odwołujący się podniósł, że zarówno treść ogłoszenia w sekcji III pkt III.3.2) jak i Instrukcji dla wykonawców (...) w punkcie V.2.1. odnoszą się do *posiadania doświadczenia w zakresie wykonania z należytą starannością, co najmniej dwóch audytów organizacyjnych (w zakresie kultury organizacyjnej, struktur organizacyjnych i procedur, obsługi klientów indywidualnych, obsługi przedsiębiorstw i organizacji), w jednostkach samorządu terytorialnego, które zatrudniają co najmniej 500 osób z rozbudowaną strukturą organizacyjną tj. posiadającą co najmniej 15 komórek organizacyjnych (wydziałów, biur, oddziałów, referatów itp.) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie* - nie wymagają, aby wykonawcą obu wymaganych lub większej ilości audytów miał być ten sam podmiot.

Gdyby zamawiający wprowadził do ogłoszenia zapis, który jest obecnie sugerowany pismem, byłoby to jawne naruszenie zasad uczciwej konkurencji w zakresie art. 7 ust. 1 w związku z ograniczeniem praw wykonawców określonych w ustawie w związku z art. 23 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto biorąc pod uwagę, iż zamawiający nie określił w ogłoszeniu warunku, aby to minimum jeden podmiot posiadał doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch audytów oraz fakt, że zgodnie z Instrukcją Dla Wykonawcy (...) postępowanie prowadzone jest na podstawie podstawy prawnej (str. 1

z 5): „Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwana dalej ustawą” powyżej cytowane stwierdzenie użyte przez zamawiającego w ostatnim akapicie pisma zamawiającego z dnia 5 października 2010 r. jest bezprzedmiotowe.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, Instrukcji dla Wykonawców, wniosku odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.). W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu (z wyłączeniem sytuacji ekonomicznej) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Przez „doświadczenie”, w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność). Sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Zgodnie z zasadą proporcjonalności wszelkie wymagania dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy mogą być stawiane tylko w niezbędnym zakresie uzasadnionym przedmiotem zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści ogłoszenia (sekcja III pkt III.3.2) oraz w Instrukcji dla Wykonawców (punkt V.2.1) postawił warunek *posiadania doświadczenia w zakresie wykonania z należytą starannością co najmniej dwóch audytów organizacyjnych (w zakresie kultury organizacyjnej, struktur organizacyjnych i procedur, obsługi klientów indywidualnych, obsługi przedsiębiorstw i organizacji), w jednostkach samorządu terytorialnego, które zatrudniają co najmniej 500 osób z rozbudowaną strukturą organizacyjną, tj. posiadającą co najmniej 15 komórek organizacyjnych (wydziałów, biur, oddziałów, referatów itp.) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie*”. Jednocześnie zamawiający nie zastrzegł na zasadzie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Na potwierdzenie powyższego warunku wykonawcy obowiązani byli przedłożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący się złożył wraz z wnioskiem wymagane dokumenty, w tym wykaz usług, z którego wynika, że on sam oraz podmiot, na którego doświadczeniu polega, wykonali po

jednym audycie spełniającym warunki ustalone przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego odwołujący się nie wykazał, by spełniał postawiony warunek, ponieważ spełnianiem warunku w zakresie doświadczenia powinien wykazać się jeden podmiot – bądź sam wykonawca, bądź też podmiot, na którego doświadczeniu wykonawca polega.

Stanowisko zamawiającego nie zasługuje na aprobatę. Przepisy ustawy Pzp nie stawiają wymogu, by żądanym doświadczeniem winien wykazać się jedynie jeden podmiot. Z treści art. 26 ust. 2b zd. 2 wynika, iż wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich. Oczywistym jest zatem, iż nie jest to jego doświadczenie, ale doświadczenie, którym dysponuje w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia. Skoro – w omawianym przypadku – odwołujący się sam wykonał jeden audyt oraz dysponuje doświadczeniem podmiotu trzeciego, który również wykonał jeden audyt, uznać należy, iż on sam może wykazać się spełnianiem warunku posiadania doświadczenia w zakresie wykonania dwóch audytów. Przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający winien zatem uwzględnić wszystkie zamówienia objęte wykazem, niezależnie od tego czy wykonał je jeden czy też więcej podmiotów. Dopiero ich łączna ilość oraz zakres będą zaświadczać o tym, czy wykonawca (wraz z ewentualnymi podmiotami, na których zasobach polega) posiada doświadczenie odpowiednie do konkretnego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

