

Sygn. akt: KIO/1582/10

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Patrycja Karczmarska

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26.07.2010 r.** przez **ComArch S. A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a** odwołania, od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, 65-057 Zielona Góra, ul. Podgórna 7,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: TBD Polska S. A., R-DATA Sp. z o. o., Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej, 31-982 Kraków, Al. Jana Pawła II 190** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, 65-057 Zielona Góra, ul. Podgórna 7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego **ComArch S. A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, 65-057 Zielona Góra, ul. Podgórna 7** na rzecz odwołującego **ComArch S. A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Lubuskie, Urząd Marszałkowski w Zielonej Górze, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Organizacja i przeprowadzenie szkoleń realizowanych w ramach projektu „Nowoczesne formy organizacji, standardów” i komunikacji w pracy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Poddziałanie 5.2.1 Modernizacja Zarządzania w administracji samorządowej wraz z zakupem licencji oraz wdrożeniem systemu ESOD«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778, a po opublikowaniu tekstu jednolitego – Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

18.06.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 117-176778.

16.07.2010 r. (pismo z 15.07.2010 r.) zamawiający – na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – wezwał wykonawcę ComArch SA, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z postanowieniami rozdz. IV pkt 1 ppkt 2 lit. a i b ogłoszenia:

26.07.2010 r. wykonawca ComArch S.A. Aleja Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) niezgodną z prawem czynność z 16 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia;
- 2) niezgodną z prawem czynność z 21 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
- 3) niezgodną z prawem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 4) niezgodne z prawem zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez odwołującego 20 lipca 2010 r., w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 5) niezgodne z prawem zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) przepis art. 26 ust. 3 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów z 16 lipca 2010 r. w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia;
- 2) przepis art. 26 ust. 4 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień 21 lipca 2010 r.;
- 3) przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) przepis art. 26 ust. 4 Pzp przez niezgodne z prawem zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez odwołującego w dniu 20 lipca 2010 r., w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 5) przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez niezgodne z prawem zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 16 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 21 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 4) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez odwołującego 20 lipca 2010 r., w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów;
- 5) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego;
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej;
- 7) z ostrożności procesowej – nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania przetargowego jako prowadzonego z naruszeniem prawa.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) odwołujący żąda od zamawiającego:

- 1) *unieważnienia czynności z 16 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia;*

- 2) *unieważnienia czynności z 21 lipca 2010 r. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;*
- 3) *unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;*
- 4) *wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez odwołującego 20 lipca 2010 r., w wykonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów;*
- 5) *powtórzenia czynności oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego;*
- 6) *dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej;*
- 7) *z ostrożności procesowej – unieważnienia niniejszego postępowania przetargowego jako prowadzonego z naruszeniem prawa.*

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

16 lipca 2010 r. Zamawiający wezwał odwołującego (pismem datowanym na 15.07.2010 r.) do uzupełnienia załącznika nr 5 i 6 do ogłoszenia, obejmujących wykazy usług określonych w ogłoszeniu. W odpowiedzi odwołujący wezwał zamawiającego do unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia – a to ze względu na okoliczność, iż dołączone do wniosku załączniki nr 5 i 6 są w pełni zgodne z ogłoszeniem, zaś żądanie wykazania finansowania z Europejski Fundusz Społeczny EFS jest pozbawione podstawy prawnej, gdyż Zintegrowany Program Operacyjny Rozwoju Regionalnego ZPORR jest finansowany z EFS.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, że sposób finansowania usługi nie ma wpływu na zdobywanie wiedzy i doświadczenia, a wymaganie aby usługi „referencyjne” były dofinansowywane z EFS czy nawet ZPORR jest sprzeczne z prawem.

Wymóg taki narusza przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jak i Ustawy Kodeks Cywilny. Sygn. akt: KIO/UZP 1268/09 – Zamawiający w specyfikacji zawarł postanowienia sprzeczne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. (...) W tej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 58 Kc., który w § 1 stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Stosownie zaś do treści art. 58 § 3 *in principio* Kc., jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części.

Nieważna czynność prawna (lub jej część) wywołuje nieważność bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać.

Wskazane powyżej postanowienia specyfikacji, jako sprzeczne z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, należy uznać za nieważne, a tym samym zamawiający nie może powoływać się na nie w toku postępowania.

Jednocześnie odwołujący – działając z daleko posuniętej ostrożności procesowej – uzupełnił 20 lipca 2010 r. wskazane przez zamawiającego dokumenty. Pismem z 22 lipca 2010 r., otrzymanym przez odwołującego 23 lipca 2010 r., zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania – wskazując, iż uzupełnione załączniki zawierają usługi, które nie są „tożsame z przedmiotem zamówienia”. Tymczasem – jak sam zamawiający wskazuje – nie należało bynajmniej wykazać się usługami „tożsamymi”, ale wyłącznie usługami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia. Zaś w samym ogłoszeniu (Rozdział IV, strona 3 ogłoszenia) zamawiający wskazał, co rozumie przez usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia.

Zarówno usługi zawarte w pierwotnym brzmieniu wniosku, jak i usługi zamieszczone w uzupełnionych załącznikach całkowicie spełniają postawione przez zamawiającego warunki. Odwołujący przedstawił usługi o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, w jasny sposób przedstawił w części nazwanej Wykaz Prac, do których wymagań odnoszą się poszczególne wykonane usługi, zawarto też zakres szkoleń: standardów zarządzania czasem i organizacją pracy, standardów komunikacji wewnętrznej, stosowania kodeksu postępowania administracyjnego i „teczki urzędnika”, stosowania kodeksu etyki, ochrony danych osobowych i informacji niejawnych oraz zarządzania informacją, asertywności, prowadzenia negocjacji i radzenia sobie z trudnym klientem, budowania strategii personalnej, projektowania systemu szkoleń, procesu naboru pracowników, treningu wewnętrznego. Usługi z nowego wykazu były przeprowadzone dla większej liczby osób jak wymagał zamawiający, a ich wartość przekraczała 4-5 krotnie wartość wymaganą przez zamawiającego.

Nie jest możliwe przedstawienie szczegółowych argumentów potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu – gdyż zamawiający swoją argumentację w powyższym zakresie ograniczył do stwierdzenia, iż cyt. »stwierdza się, że nie są to usługi z zakresu, jakie określił zamawiający w rozdziale IV pkt 1 ppkt 2 „Ogłoszenia o zamówieniu”«, nie podając jednocześnie żadnych argumentów, oprócz tego gołosłownego i nieuzasadnionego zarzutu.

Odnosząc się z kolei do zarzutu dotyczącego usług wykonanych na rzecz Mazowieckiego Centrum Polityki Społecznej – odwołujący wyjaśnia, iż data 24.03.2001 r. jest wyłącznie oczywistą omyłką pisarską i powinna zostać przez zamawiającego poprawiona. Oczywistym bowiem jest, że chodzi tutaj o datę 24.03.2010 r. i taka data wynika z załączonego do wykazu dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.

Mając powyższe na uwadze – odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

26.07.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

27.07.2010 r. zamawiający przesłał faksem w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

29.07.2010 r. wykonawca Konsorcjum TBD – Polska S.A., R-DATA Sp. z o.o., Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej, zwane dalej Przystępującym złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez (1) odwołującego – kopia oryginału pisma z 09.07.2010 r. w sprawie uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw, na okoliczność zaistnienia w przefaksowanym piśmie błędu, który zamawiający mógł zakwalifikować jako oczywistą omyłkę i poprawić ten błąd zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz (2) zamawiającego – kopia notatki z rozmowy telefonicznej na okoliczność zasadności wykluczenia odwołującego, gdyż usługi były wykonane w innych terminach niż przedstawione w piśmie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów z 16 lipca 2010 r. w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia oraz zarzuty drugi i czwarty – naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień 21 lipca 2010 r. i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych przez odwołującego w dniu 20 lipca 2010 r. oraz zarzut trzeci – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez niezgodną z prawem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający 16.07.2010 r., pismem z 15.07.2010 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zgodnie z rozdz. IV pkt 1 ppkt 2 lit. a i b ogłoszenia o zamówieniu. Jednak w piśmie zamawiający wezwał do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i powtórzył treść tytułów załączników nr 5 i 6 oraz wskazał, że powodem wezwania jest, cyt. »Do złożonego wniosku nie zostały dołączone dokumenty, o których mowa wyżej, a dołączono wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zrealizowanych w ramach Programu ZPORR. Zamawiający wymagał, aby wnioskodawcy wykazali się zrealizowanymi usługami w ramach projektu dofinansowanego ze środków EFS«.

Natomiast na rozprawie zamawiający stwierdził, że cyt. »chciał uzyskać usługę szkoleniową i nie kwestionował wykonania usług z funduszy EFS i ZPORR, gdyż częściowo były one finansowane z tych samych funduszy«.

Ze względu na brak precyzyjnego wskazania przez zamawiającego podstaw do kwestionowania wykazu wykonanych usług i dostaw, odwołujący wskazał, że nie był w stanie złożyć właściwych dokumentów oraz ewentualnych wyjaśnień.

W art. 26 ust. 3 Pzp brak jest wyartykułowanego wprost wymagania aby zamawiający doprecyzowywał swoje wymagania w stosunku do treści specyfikacji (bądź ogłoszenia np. w przetargu ograniczonym, z jakim mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie). Jednak oczywiste jest, że wzywając do złożenia jakichś dokumentów należy uzasadnić taką czynność. W takim uzasadnieniu musi się znaleźć wskazanie, które dokumenty (oświadczenia, pełnomocnictwa) należy uzupełnić, jakimi cechami muszą się te dokumenty charakteryzować i dlaczego zamawiający kwestionuje zawartość wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (oferty). Kwestionowanie to może być spowodowane niedołączeniem danego aktu bądź niespełnieniem przez określony dokument spełnienia wymagania zamawiającego. Zamawiający, zgodnie z art. 51 ust. 1a Pzp ma obowiązek poinformować wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zakres tej informacji jest modelowo uregulowany w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, gdyż zamawiający może powoływać się jedynie na te same przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia oferty wykonawcy.

Ponadto takie nieprecyzyjne wezwanie do uzupełnienia nie daje możliwości wykonawcy do złożenia właściwych wyjaśnień, złożenia właściwych uzupełnień dokumentów, a w ekstremalnych przypadkach do posłużenia się środkami ochrony prawnej.

Z wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego przez zamawiającego 16.07.2010 r. wynika, że zamawiający kwestionował finansowanie wykazanych szkoleń z programu ZPORR zamiast wymaganego finansowania EFS.

Z oświadczenia złożonego przez przedstawicieli zamawiającego podczas rozprawy wynika, że zamawiający nie wskazał właściwej podstawy do wezwania do uzupełnienia dokumentów. Z tego wynika, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Ze względu na naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, co było przedmiotem zarzutu pierwszego, a z tego naruszenia wynikały wszystkie dalsze zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oprócz zarzutu piątego naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez niezgodne z prawem zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez niezgodne z prawem zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący reagując na »Wezwanie do uzupełnienia dokumentów« [z 16.07.2010 r.] przesłał faksem w terminie nowy »Wykaz wykonanych dostaw (prac)« [z 20.07.2010 r.] wstawił datę wykonania w wierszu 1 – »24.03.2001«, zamiast »24.03.2010«, co poprawił w piśmie przekazanym pocztą i wyjaśnił w odwołaniu oraz podczas rozprawy. Natomiast odwołujący wniósł odwołanie od samej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i w związku z uwzględnieniem odwołania w tym zakresie, odwołanie w zakresie poprawienia oczywistej omyłki zaistniałej w uzupełnieniu dokumentów jest bezzasadne.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....