

Sygn. akt: KIO 2295/13

POSTANOWIENIE
z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawcę **Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grupa Gumułka-Audyt sp. z o.o. w Katowicach** oraz **InfoAudit sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „audyt Regionalnych Instytucji Finansujących za poszczególne kwartały lat 2013-2014”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r. nr 2013/S 104-178501. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt 3 lit. d SIWZ wymagał, aby wykonawca dysponował osobą mającą pełnić funkcję zarządzającego usługą, posiadającą doświadczenie w zarządzaniu (koordynowaniu) usługą audytu, która:

- była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. wykonujący usługę był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu audytowanego oraz zlecającego realizację audytu i niezwiązanym przez nich poleceniami co do treści opinii, oraz
- zakończyła się wydaniem opinii w weryfikowanym zakresie, oraz
- obejmowała weryfikację co najmniej zgodności realizacji projektu współfinansowanego ze środków publicznych, lub środków Unii Europejskiej lub innych źródeł z postanowieniami umowy w zakresie finansowym, tj. kwalifikowalności wydatków poniesionych w ramach realizacji umowy, oraz terminowości i prawidłowości rozliczenia umowy, oraz
- w ramach której działania audytu prowadzone były w tym samym przedziale czasowym przez co najmniej 2 dwuosobowe zespoły audytorskie.

Wykonawca Gumułka, na stanowisko osoby zarządzającej usługą wskazał Panią Małgorzatę G.. W wykazie wskazał, że ww. osoba posiada doświadczenie w zarządzaniu usługą audytu 8 projektów.

W dniu 6 sierpnia 2013 r. zamawiający zawiadomił Centrum Rozwoju Administracji, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DPC A. D. i Spółka sp.j. w

Opolu oraz Kontafin sp. z o.o. w Siedlcach, zwanego dalej „wykonawcą D.”. Zawiadomił także odwołującego, że na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa Gumułka-Audyt sp. z o.o. w Katowicach oraz InfoAudit sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „wykonawcą Gumułka” oraz że oferta odwołującego plasuje się na trzecim miejscu.

Wobec zaniechania czynności wezwania wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca Gumułka wniósł w dniu 14 sierpnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie (obecnego odwołującego). W zgłoszeniu przystąpienia obecny odwołujący niezależnie od popierania zarzutów wykonawcy Gumułka przeciwko wykonawcy D., podniósł m.in. że wykonawca Gumułka, wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w §6 ust. 1 pkt 3 lit. d SIWZ, podał w swej ofercie nieprawdziwe informacje. Obecny odwołujący wywiódł, że wykonawca Gumułka zamieścił w wykazie osób doświadczenie Pani Małgorzaty G., *wskazując, że w okresie od 20.07.2012r do 31.12.2012r zarządzała ona usługą audytu 8 projektów. Dane te są nieprawdziwe, gdyż wskazana usługa była realizowana przez konsorcjum w składzie: Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. oraz Global Erisson Consulting Sp. z o.o. i dotyczyła kontroli projektów a nie audytów.*

Ustalono także, że 23 sierpnia 2013 r., zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wykonawcy Gumułka.

Postanowieniem z dnia 23 sierpnia 2013 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1983/13 Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2013 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r. zwrócił się do wykonawcy Gumułka o wyjaśnienie, czy:

- czy w projektach objętych audytem, wskazanych przez Wykonawcę, p. Małgorzata Godlewska zdobyła doświadczenie w zarządzaniu (koordynowaniu) usługą audytu:

- czy audyt projektów wskazanych przez Wykonawcę był wykonany z zachowaniem zasady bezstronności, tj. wykonujący usługę był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu audytowanego oraz zlecającego realizację audytu i niezwiązanym przez nich poleceniami co do treści opinii;
- czy audyt projektów wskazanych przez Wykonawcę zakończył się wydaniem opinii w weryfikowanym zakresie;
- czy audyt projektów wskazanych przez Wykonawcę obejmował weryfikację co najmniej zgodności realizacji projektu współfinansowanego ze środków publicznych, lub środków Unii Europejskiej lub innych źródeł z postanowieniami umowy w zakresie finansowym, tj. kwalifikowalności wydatków poniesionych w ramach realizacji umowy, oraz terminowości i prawidłowości rozliczenia umowy;
- czy działania audytowe w ramach audytu projektów wskazanych przez Wykonawcę, prowadzone były w tym samym przedziale czasowym przez co najmniej 2 dwuosobowe zespoły audytorskie?

Pismem z dnia 3 września 2013 r. wykonawca Gumułka, odnosząc się do treści ww. pytań, na wszystkie pytania udzielił odpowiedzi twierdzącej.

W dniu 18 września 2013 r. zamawiający, za pośrednictwem poczty elektronicznej, poinformował m.in. odwołującego, że wykonawca D. został wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż pomimo wezwania nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zaś jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę Gumułka. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W dniu 27 września 2012r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) *art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty złożonej przez wykonawcę Gumułka,*
- 2) *art. 89 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Gumułka z powodu niespełnienia warunku określonego w § 6 ust. 1 pkt. 3 lit d) SIWZ.*

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wykonawca Gumułka nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w § 6 ust. 1 pkt. 3 lit d) SIWZ.. W ocenie odwołującego usługa wymieniona w wykazie złożonym przez wykonawcę Gumułka nie była audytem, lecz kontrolą bez wydanej opinii, czego wymagał zamawiający. Podkreślił, że o

tym, iż wskazana usługa dotyczyła kontroli projektów, a nie audytów informował już w swym zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z 16 sierpnia 2013 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Gumułka.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty wykonawcy Gumułka, rozstrzygnięcia postępowania z 6 sierpnia 2013 r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego obecnego odwołującego z 16 sierpnia 2013 r., postanowienia KIO z 23 sierpnia 2013 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1983/13, wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z 30 sierpnia 2013 r. skierowanego do wykonawcy Gumułka, wyjaśnień wykonawcy Gumułka z 3 września 2013 r., rozstrzygnięcia postępowania z 18 września 2013 r., odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Nie ulega wątpliwości, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość już w dniu 6 sierpnia 2013 r., a nie w dniu 18 września 2013 r. Już 6 sierpnia 2013 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego wynikało, że zamawiający uznał, iż wykonawca Gumułka wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a więc i spornego warunku, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt. 3 lit d) SIWZ. Skoro zatem odwołujący uważał, że usługa wymieniona w wykazie złożonym przez wykonawcę Gumułka nie była audytem, lecz kontrolą bez wydanej opinii, a zatem, że zamawiający błędnie ustalił, że potwierdza ona spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania.

Niewątpliwym jest również to, że odwołującemu w dniu 6 sierpnia 2013 r. przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jego oferta sklasyfikowana została ówczesnie na trzecim miejscu. Zatem zakwestionowanie

przez niego prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności oceny oferty wykonawcy Gumułka i oferty wykonawcy D., sklasyfikowanych na dwóch pierwszych miejscach, otwierało mu drogę do uzyskania zamówienia. Zaś wykonawca D. – jak odwołujący sam twierdził już w zgłoszeniu przystąpienia z 16 sierpnia 2013 r. – podlega wykluczeniu. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby odwołujący wniósł własne odwołanie wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania obu tych wykonawców, czym wykazałby spełnienie przesłanek do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie może zatem obecnie twierdzić, że dopiero późniejsze wykluczenie wykonawcy D. i w konsekwencji sklasyfikowanie jego własnej oferty na drugim miejscu otworzyło mu drogę do kwestionowania zaniechania wykluczenia wykonawcy Gumułka.

Zamiast wniesienia odwołania wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Gumułka odwołujący zdecydował się przedstawić swoje zarzuty względem oceny tego wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z 16 sierpnia 2013 r. Uszło uwadze odwołującego, że w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Po drugie zaś czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami strony, do której przystąpił, a więc wykonawcy Gumułka.

Podtrzymanie stanowiska przez zamawiającego, który w rozstrzygnięciu z dnia 18 września 2013 r. w dalszym ciągu uznaje, że wykonawca Gumułka wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, nie oznaczało zatem żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania nowego rozstrzygnięcia postępowania. Stan opisany w odwołaniu, polegający na uznaniu przez zamawiającego, że usługa wymieniona w wykazie złożonym przez wykonawcę Gumułka potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, istniał bowiem już w dniu 6 sierpnia 2013 r. Wyjaśnienia z 3 września 2013 r., jakich wykonawca Gumułka udzielił zamawiającemu, nie ujawniły żadnych okoliczności, istotnych z punktu widzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów, które uzasadniałyby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia przesłania informacji o rozstrzygnięciu postępowania z 18 września 2013 r. W wyjaśnieniach tych wykonawca Gumułka, ograniczył się de facto jedynie do zapewnienia, że wskazana przez niego usługa odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. Trudno jednak uznać, aby dopiero to zapewnienie umożliwiło odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. O tym, że odwołujący mógł wnieść w stosownym terminie odwołanie najdobitniej świadczy zaś treść jego zgłoszenia przystąpienia z 16 sierpnia 2013 r. W piśmie tym opisano bowiem zarzut tożsamy z zarzutem przedstawionym w odwołaniu. Co więcej, w treści odwołania, odwołujący sam wskazuje, że o powodach

zaniechania wykluczenia wykonawcy Gumułka informował zamawiającego już w zgłoszeniu przystąpienia z 16 sierpnia 2013 r.

W świetle przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp i jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej odwołującego o tym, że oferta wykonawcy Gumułka została sklasyfikowana na drugim miejscu, a zatem iż wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania upłynął zatem odwołującemu w dniu 16 sierpnia 2013 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 27 września 2013 r.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 27 września 2013 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: