

Sygn. akt: KIO 247/16

WYROK

z dnia 7 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2016 r. przez wykonawcę **INC Rating Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz** (adres do korespondencji: Urząd Miasta Bydgoszczy, Wydział Zamówień Publicznych, ul. Grudziądzka 9-15, 85-130 Bydgoszcz)

przy udziale wykonawcy **Fitch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 247/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę INC Rating Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INC Rating Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Krasieńskiego 16, 60-830 Poznań** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Miasto Bydgoszcz, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Nadanie krajowej i międzynarodowej oceny wiarygodności kredytowej (Rating) miasta Bydgoszczy oraz nadzór i aktualizację oceny”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 lutego 2016 r., poz. 22296.

W dniu 18 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę INC Rating Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, podnosząc m.in., iż „wykonawca w terminie wyznaczonym przez zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące oświadczenia wykonawcy, jednakże nie złożył dokumentów, tj.: dowodów poświadczających, że usługi wymienione w wykazie wykonanych głównych usług (czyli potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia /SIWZ/), zostały wykonane należycie lub są nadal wykonywane należycie.”

W dniu 23 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 lutego 2016 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, tj.:

1. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fitch Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Fitch Polska”,
2. wykluczenia odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust. 2 ust 4 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach przedmiotowego zamówienia,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż Agencje ratingowe wystawiając ratingi dzielą je na zamówione i zamówione. Reguluje to Rozporządzenie

Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) NR 1060/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie agencji ratingowych (Dz. U. L 302 z 17.11.2009, s. 1). Dlatego też bez względu na charakter zamówienia rating jest jednoznaczną oceną. Każda agencja ratingowa może wystawiać oba rodzaje ratingów. Jedynym znaczącym czynnikiem je różniącym jest to, czy istnieje umowa między Agencją a podmiotem ocenianym. Jeśli jej nie ma to usługa świadczona była na rzecz podmiotu ocenianego w trybie niezamówionym i podmiot oceniany nie może wystawić poświadczenia, bowiem nie ma do tego punktu odniesienia, jakim jest zakres merytoryczny umowy.

Odwołujący spełnił wymogi przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, (art. 25 ust.2 ustawy Pzp i § 1 pkt. 2 ust 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp, twierdząc nieprawdziwie, iż odwołujący nie złożył dowodów w formie poświadczenia (§ 1, pkt 2 ust. 1) lub oświadczenia (§ 1, pkt 2 ust. 3). Odwołujący na poparcie złożonego zamawiającemu oświadczenia dołączył bowiem decyzję zarządu European Securities and Markets Authority (ESMA) (nr ESMA/2015/1573) jako podmiotu uprawnionego do kontroli jakości Agencji ratingowych na terenie unii Europejskiej o zarejestrowaniu odwołującego jako Agencji ratingowej posiadającej zasoby, procedury i metodologię prawidłową do opracowywania i nadawania ocen wiarygodności kredytowej Jednostkom Samorządu Terytorialnego i podmiotom z nimi powiązanym. Tym samym spełnił wymogi art. 25 pkt. 2 ustawy Pzp „Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną/ a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych."

Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania, nie uwzględnił zapisów art. 25 ust 2 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ i innych dokumentach zamówienia nie wymagał aby wykonywane w przeszłości usługi ratingu

były w trybie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp też tego nie zawęży wyłącznie do nabywania doświadczenia i wiedzy w oparciu o świadczenie usług wyłącznie w trybie zamówień publicznych.

Tym samym zamawiający błędnie uznał, że rating niezamówiony jest ratingiem wykonywanym wyłącznie na własny użytek Agencji ratingowej co jest z zasady błędne. Każdy rating niezamówiony wykonywany jest z inicjatywy Agencji ratingowej na rzecz podmiotu ocenianego. Działanie na rzecz podmiotu ocenianego wyczerpuje definicję art. 353 § 2 k.c. „(...) każde zachowanie się na rzecz innego podmiotu”.

Oferta odwołującego jest najtańszą ofertą w związku z czym podczas czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Decyzja zamawiającego jest bezpodstawna, gdyż:

1. odwołujący złożył w terminie oświadczenie w związku z uzasadnionymi przyczynami o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia ze względu na brak umowy przy ratingach niezamówionych,
2. ratingi niezamówione z definicji i stanu faktycznego były świadczone na rzecz podmiotów ocenianych,
3. ani ustawa Pzp ani zamawiający nie wymaga w przedmiotowym postępowaniu doświadczenia opartego na świadczeniu w przeszłości usług w trybie zamówień publicznych,
4. ustawa Pzp nie wymaga by doświadczenie zawodowe opierało się wyłącznie na wykonywaniu usługi, za którą odbiorca dokonuje odbioru usługi i zapłaty (wynagrodzenie umowne), jak twierdzi zamawiający w uzasadnieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Reasumując odwołujący podniósł, iż wybór wykonawcy Fitch Polska jako oferty najkorzystniejszej w ramach przedmiotowego postępowania był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy i w sposób naruszający naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, w tym Unii Europejskiej, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tym samym naruszając art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 lutego 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca Fitch Polska otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 26 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Fitch Polska zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 5 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków a także znaczenie tych warunków”, pkt 5.2 podał, iż „zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie: minimum 3 oceny, analogiczne do będących przedmiotem zamówienia dla miast na prawach powiatu, z liczbą mieszkańców powyżej 100 tys. (jako jedną ocenę, analogiczną do przedmiotu zamówienia, należy rozumieć nadanie miastu oceny zarówno krajowej, jak i międzynarodowej)”.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu – zgodnie z rozdziałem 6 SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia” – zobowiązany był złożyć:

1. „oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (wg wzoru zamawiającego),
2. wykaz wykonanych (a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, także wykonywanych) usług w zakresie niezbędnego do wykazania spełniania, opisanego w pkt 5.2. SIWZ warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, adt wykonania i odbiorców (wg wzoru zamawiającego),

3. Dokumenty (referencje) potwierdzające (3 szt.), że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie,
4. Pisemne zobowiązanie (oświadczenie) innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (zgodnie z art. 26 iust. 2b ustawy Pzp(...)).

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał 6 usług, podając w tabeli wykazu podmioty, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

Zamawiający, pismem z dnia 15 lutego 2016 r., wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt. 5.2. SIWZ), wskazując m.in., iż „w trakcie badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, że nie załączyliście Państwo dowodów potwierdzających, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie”. Podał także, iż „w przedmiotowym postępowaniu Agencja INC Rating nie uzasadniła, że istnieją obiektywne okoliczności uzasadniające niemożność uzyskania poświadczenia od odbiorcy usług, stwierdzając tylko, iż nie musi składać poświadczenia jako Agencja wpisana na listę Agencji Ratingowych w Europie ESMA, co nie jest okolicznością uzasadniającą przyczynę o obiektywnym charakterze”.

Odwołujący, odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 16 lutego 2016 r., wskazał „W związku z prośbą o przedstawienie referencji do wykazu usług z załącznika nr 5 oferty dotyczącej postępowania: Nadanie i aktualizacja międzynarodowej i krajowej oceny ratingowej Miastu Gliwice, informujemy, że Agencja Ratingowa INC Rating Sp. z o.o. w wymienionych podmiotach świadczyła usługi ratingu niezamówionego. Istnieją dwa rodzaje ratingów: zamówione i niezamówione. Metodologia, jak i procedura oceny są takie same w obu przypadkach, jednakże rating niezamówiony wykonywany jest przez Agencję w oparciu o tzw. zamówienie wewnętrzne, czyli pro publico bono. Podmiot oceniany nie płaci za tę usługę. W przypadku ratingu zamówionego podmiot oceniany musi zapłacić ustaloną przez umowę cenę. Z tego też względu w przypadku ratingów niezamówionych Agencja nie jest związana z podmiotem ocenianym umową i nie otrzymuje od niego referencji (nie ma podstawy do ich wystawienia). (...) Agencja podlega stałemu nadzorowi i kontroli jakości przez European Securities and Markets Authority (ESMA). Jest to agencja Komisji Europejskiej odpowiadająca za nadzór i rejestrację agencji ratingowych na terenie Unii Europejskiej (odpowiednik Komisji Nadzoru Finansowego w kraju). Tym samym, Agencja potwierdza, że usługi wymienione w wykazie na zamówienie wewnętrzne (rating niezamówiony) zostały wykonane należycie, w terminie i z najwyższą starannością oraz

zgodnie z wymogami ESMA tym samym zgodne z wymogami Europejskiego Banku Inwestycyjnego w zakresie Agencji Ratingowych nadających rating podmiotom, które są klientem lub emitentem papierów wartościowych, dla którym ww. Bank jest obligatariuszem. Dodatkowym potwierdzeniem jest rejestracja i certyfikacja naszej Agencji przez ESMA z wpisaniem na listę Agencji w oparciu o decyzję Zarządu ESMA: nr ESMA/2015/1573). Dlatego też przyjmuje się, że wszystkie zarejestrowane agencje (link do listy: <https://www.esma.europa.eu/supervision/credit-rating-agencies/risk>) prowadzą działalność zgodnie z krajowymi jak i europejskimi standardami pod nadzorem ESMA. Tym samym Agencja nie może występować i nie występowała w przeszłości o referencje dla ratingów niezamówionych."

W dniu 18 lutego 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia opisanego przez zamawiającego w SIWZ (pkt. 5.2.) warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zobowiązani byli wykazać się doświadczeniem w realizacji usług analogicznych do usług będących przedmiotem tego zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zobowiązani byli złożyć – zgodnie z rozdziałem 6 SIWZ, pkt 6.1. – stosowne oświadczenie, wykaz wykonanych usług, referencje świadczące o należyтым ich wykonaniu względnie zobowiązanie podmiotu trzeciego, o ile wykonawca dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu korzystał z doświadczenia innego podmiotu.

Odwołujący, co jest niewątpliwe, złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wyspecyfikował 6 usług, wykazując jako podmioty na rzecz których wykonał te usługi podmioty publiczne. Nie złożył przy tym żadnych dokumentów (referencji) potwierdzających, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Wezwany przez zamawiającego do ich uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył oświadczenie o należyтым wykonaniu usług wymienionych w wykazie, nadto wyjaśniając, że „Agencja Ratingowa INC Rating Sp. z o.o. w wymienionych podmiotach świadczyła usługi ratingu niezamówionego”.

Niemniej jednak usługi te – jak wynika z treści złożonego przez niego w dniu 16 lutego 2016 r. oświadczenia, jak również oświadczenia złożonego na rozprawie – zostały zrealizowane na zamówienie wewnętrzne (rating niezamówiony), a więc na rzecz samego odwołującego. To odwołujący był zarówno zleceniodawcą tych usług, jak i ich odbiorcą. Nie był bowiem związany z podmiotem ocenianym żadną umową.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Potwierdzeniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia służy wykaz robót budowlanych oraz wykaz głównych dostaw i usług. W składanych przez wykonawców wykazach potwierdzających posiadanie odpowiedniego doświadczenia mogą znajdować się zarówno usługi realizowane na rzecz podmiotów będących zamawiającymi, jak i prywatnych odbiorców. Wykonawca, składając wykaz, ma wykazać się bowiem posiadaniem żądanego przez zamawiającego doświadczenia. Jednak ze względu na to, że żądane doświadczenie ma odpowiadać przedmiotowi danego zamówienia (w tym przypadku przedmiotem zamówienia jest usługa – usługa oceny wiarygodności finansowej miasta) pojęcie „usługa” powinno być rozumiane zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ustawy Pzp, niezależnie od tego na rzecz jakiego podmiotu (publicznego czy prywatnego) zamówienie jest realizowane. Tak więc o doświadczeniu stanowić będzie wykonanie każdej umowy odpłatnej, gdyż jedynie o takiej umowie mowa jest w powołanym wyżej przepisie, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. A ponieważ w tym konkretnym przypadku, przedmiotem realizacji przez odwołującego była nieodpłatna usługa ratingu niezamówionego, nie może być mowy o wykonaniu przez niego w ramach tej usługi (ratingu niezamówionego) zamówienia w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: