

Sygn. akt: KIO 630/15

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2015 r. przez Odwołującego **Intelligent Technologies S.A.** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 (00-807 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu**, Al. Niepodległości 10 (61-875 Poznań)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Intelligent Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Intelligent Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego - Intelligent Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu kwotę **180 zł 00 gr.** (słownie: sto osiemdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu w trybie przetargu nieograniczonego na *zastępstwo właścicielskie dotyczące prowadzenia działań związanych z udostępnianiem przedsiębiorstwom telekomunikacyjnym przestrzeni w budynku Collegium Altum Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu przy ul. Powstańców Wielkopolskich 16 jako miejsca dla infrastruktury telekomunikacyjnej* (znak sprawy UEP ZP/015/15), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.03.2015 r., poz. 47926, wobec czynności wykluczenia z postępowania wykonawca Intelligent Technologies S.A. z/s w Warszawie, wniósł w dniu 27 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 630/15).

Informację o czynności Zamawiającego Odwołujący powziął w dniu 23 marca 2015 r. z zawiadomienia o wynikach oceny ofert oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania przesłanego pocztą elektroniczną w tym samym dniu.

W dniu 01.04.2015 r. Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, jako naruszającej przepisy ustawy, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1, poprzez wykluczenie z postępowania w sytuacji, w której Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podstawy zarzutów, Odwołujący zakwestionował jako prawidłową dokonaną przez Zamawiającego ocenę zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał – EMILAB Gonet i spółka jawna, przedłożonego Zamawiającemu w wyniku uzupełnienia dokumentów, sporządzonego z datą 18 marca 2015 r., tj. po terminie składania ofert wyznaczonego na dzień 12 marca 2015 r.

W ocenie Odwołującego z uzupełnionego zobowiązania podmiotu wynika, iż podwykonawca udostępnił zasoby na dzień 12 marca 2015 r., co potwierdza deklaracja, iż złożone oświadczenie jest aktualne zarówno na dzień jego składania, jak również było aktualne na dzień składania ofert, tj. 12 marca 2015 r. Odwołujący wskazał na przyjętą w orzecznictwie możliwość posłużenia się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu dokumentem sporządzonym już po dacie, w której upłynął termin składania ofert. Istotne jest, aby z jego treści wynikał fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu upływu tego terminu. Z treści oświadczenia wynika, iż Odwołujący dysponował zasobami wymaganymi dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, iż na ten dzień potwierdzone zostało spełnianie warunku. Data sporządzenia oświadczenia, po terminie składania ofert, pozostaje bez wpływu na ocenę spełnienia na dzień składania ofert warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko co do zaistnienia podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z przedłożeniem zobowiązania podwykonawcy EMILAB Gonet spółka jawna do przekazania do dyspozycji wykonawcy zasobów w dniu 18 marca, tj. po upływie terminu złożenia oferty. Zamawiający uznał, iż Odwołujący w dniu 12 marca 2015 r. dysponował tylko oświadczeniem firmy „Musan”, która nie dysponowała zasobami koniecznymi do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również, że w dniu 12 marca 2015 r. „Emilab” dysponowała zasobami, co jednak nie oznacza, że w tym dniu zasoby te udostępniła Odwołującemu. Udostępnienie zasobów miało miejsce dopiero w dniu 18 marca 2015 r., tj. w dniu złożenia zobowiązania. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dokonał istotnej zmiany treści oferty poprzez zastąpienie podwykonawcy wskazanego pierwotnie w ofercie, który nie posiadał wymaganych zasobów, co nie było dopuszczalne. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w wyniku wniesienia odwołania nastąpiło przedłużenie postępowania, uniemożliwiające realizację usługi w terminie od 1 kwietnia 2015 r., a tym samym nie jest możliwe zawarcie prawnie skutecznej umowy i stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający oświadczył, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie, co powoduje iż Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym nie jest legitymowany do wniesienia odwołania, które powinno być oddalone.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności. Zamawiający z okoliczności unieważnienia przedmiotowego postępowania, w związku z upływem terminu do rozpoczęcia realizacji umowy wywodził brak legitymacji do wniesienia odwołania po stronie Odwołującego. Izba oceniając istnienie potrzeby ochrony interesu Odwołującego ustaliła, iż w dokumentacji postępowania brak jest informacji o jego unieważnieniu, a jedynym dokumentem, z którego wynikać ma ta okoliczność jest odpowiedź na odwołanie. Zamawiający poza samym stwierdzeniem na etapie postępowania odwoławczego wystąpienia przesłanek do unieważnienia postępowania nie dokonał formalnej czynności w postępowaniu. Nie można bowiem uznać, iż pismo procesowe strony sporządzone na potrzeby postępowania odwoławczego, zastępuje czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero formalna informacja o unieważnieniu postępowania, przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu wywołuje skutki prawne. Powyższe prowadziło do wniosku, iż deklaracja Zamawiającego unieważnienia postępowania nie może mieć również znaczenia dla oceny naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Przechodząc do tej oceny należało uwzględnić, iż zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny oferty Odwołującego – wykluczonego z postępowania. W konsekwencji powtórzonych czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, Zamawiający zobowiązany byłby do przywrócenia do oceny oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, co otwierało drogę temu wykonawcy do uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W informacji z dnia 23.03.2015 r. o wyniku postępowania Zamawiający wskazał, iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczył z postępowania Odwołującego ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, poprzedzone czynnością wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia.

Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego wezwał tego wykonawcę w piśmie z dnia 16.03.2015 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu - oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.1.2 siwz., a dotyczącego zakresu akredytacji dla pasma częstotliwości co najmniej 30 MHz – 40 GHz. Odwołujący w swojej ofercie przedłożył oświadczenie polegając na zasobach podwykonawcy firmy „Musan”, o posiadaniu certyfikatu akredytacji laboratorium badawczego o zakresie akredytacji obejmującej pasmo 30 MHz-40 GHz. Zamawiający ustalił na podstawie danych dostępnych na stronie Polskiego Centrum Akredytacji, iż firma „Musan” posiada zakres akredytacji: BHP: 300 MHz - 90 GHz i Ochrony Środowiska: 80 MHz – 90 GHz.

W odpowiedzi na wezwanie pismem 18 marca 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, iż został wprowadzony w błąd przez firmę „Musan” Biuro Projektów i Realizacji z siedzibą w Warszawie (podwykonawcę), co do posiadanych i udostępnionych zasobów mających spełniać warunek udziału w postępowaniu. W związku z tym przedłożył Zamawiającemu oświadczenie nowego podwykonawcy (Emilab Gonet i spółka, spółka jawna), na mocy którego ten zobowiązał się udostępnić ITSA swoje zasoby, tj. urządzenia pomiarowe pola elektromagnetycznego NBM 550 z sondami EF 6091, EF 0391, HF-0191 oraz EMR 300 z sondami E 92, H 14-1, posiadające świadectwa wzorcowania oraz przedmiotowy certyfikat. Przedłożone zobowiązanie o udostępnieniu było aktualne na dzień składania oferty, tj. 12 marca 2015 r.

Oświadczenie z dnia 18 marca 2015 r. obejmuje deklarację o uczestnictwie składającego je podmiotu *jako podwykonawca w zakresie badania i oceny poziomu pola elektromagnetycznego (...)* w szczególności w ten sposób, że **EMILAB Gonet i spółka Sp. j.** posiada i udostępni Wykonawcy urządzenia pomiarowe pola elektromagnetycznego w zakresie częstotliwości 30 MHz – 40 GHz przez okres realizacji zamówienia (...), którymi to urządzeniami **EMILAB Gonet i spółka sp. j. dysponuje i dysponowała na dzień 12 marca 2015 roku** (pkt 1), a także o posiadaniu certyfikatu akredytacji laboratorium badawczego wydanego przez Polskie Centrum Akredytacji, którym **EMILAB Gonet i spółka sp. j. dysponuje i dysponował na dzień 12 marca 2015 r.** (pkt 2) oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów opisanych w pkt 2 oświadczenia, w przypadku zawarcia przez Wykonawcę umowy z *Uniwersytetem Ekonomicznym w Poznaniu* (pkt 3).

Po oświadczeniach znajduje się informacja: *Niniejsze oświadczenie jest aktualne obecnie, jak również było aktualne na dzień składania ofert, tj. 12 marca 2015 r.*

W świetle dokonanych ustaleń Izba oddaliła odwołanie uznając, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów Emilab Gonet i spółka sp. j. złożone po otwarciu ofert nie potwierdzało, że odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, tj. 12 marca 2015 r..

Podstawą czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania była ocena zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy potencjału, przedłożonego w trybie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust 3 ustawy). Spornym w sprawie była wykładania treści oświadczenia „Emilab” sporządzonego w dacie 18 marca 2015 r., jako potwierdzającego okoliczność udostępnienia zasobów Odwołującemu już w dniu 12 marca 2015 r. Odwołujący stał na stanowisku, iż dla prawidłowej wykładni oświadczenia decydującym jest wskazanie w jego treści w końcowym fragmencie, iż było ono aktualne na dzień składania ofert, tj. 12 marca 2015 r. Zamawiający natomiast przyjmował, iż oświadczenie pozwala jedynie na uznanie, że w dniu 12 marca 2015 r. podmiot udostępniający swój potencjał posiadał urządzenie oraz certyfikat akredytacji.

W świetle prezentowanych stanowisk Izba zobowiązana była dokonać wykładni oświadczenia „Emilab” pod kątem ustalenia istnienia zobowiązania w dacie złożenia oferty.

Izba uznała, iż oświadczenie podmiotu „Emilab” złożone w dacie 18 marca 2015 r. nie potwierdzało okoliczności udostępnienia potencjału Odwołującemu już w dniu 12 marca 2015 r. Dla wykładni treści oświadczenia należało uwzględnić nie tylko jego treść, ale również okoliczności w jakich zostało ono złożone. Dopiero przeprowadzona w ten sposób ocena umożliwiała ustalenie istnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów najpóźniej dniu złożenia oferty przez Odwołującego. Izba doszła do przekonania, iż „Emilab” zobowiązała się do udostępnienia zasobów Odwołującemu dopiero w dacie sporządzenia oświadczenia, tj. 18 marca 2015 r. Wniosek ten wynika z treści oświadczenia, w którym wyraźnie termin 12 marca 2015 r. został podkreślony w celu wykazania, iż spółka „Emilab” dysponowała w tej dacie urządzeniami opisanymi w pkt 1 oświadczenia oraz certyfikatem opisanym w pkt 2 oświadczenia. Takiego wskazania brak jest w części dotyczącej zobowiązania do udostępnienia zasobów, którego dotyczy pkt 3 oświadczenia. Wskazanie w ostatnim fragmencie oświadczenia na jego aktualność na dzień składania ofert, tj. 12 marca 2015 r. nie wpływa na wykładnię oświadczeń zawartych w pkt od 1 do 3. Skoro „Emilab” w pkt 1 i 2 odwoływała się do daty złożenia oferty wyraźnie w celu potwierdzenia dysponowania zasobem spełniającym warunki udziału w postępowaniu, a takiej deklaracji nie zawiera zobowiązanie, to w ocenie Izby sprzeczne z treścią oświadczenia były wnioski Odwołującego. Również okoliczności w jakich oświadczenie zostało sporządzone

potwierdzają tezę Zamawiającego, iż zobowiązanie tego podmiotu nie istniało w dniu 12 marca 2015 r. Bezsprzecznie w dniu złożenia oferty Odwołujący dysponował potencjałem podwykonawcy – „Musan” i dopiero w momencie negatywnej oceny przez Zamawiającego tego potencjału, Odwołujący przedłożył oświadczenie innego podmiotu sporządzone w dacie po wezwaniu. Powyższe wskazuje zgodnie z doświadczeniem życiowym, iż na etapie przygotowania oferty Odwołujący prowadził rozmowy z podmiotem, którego potencjał w jego przekonaniu pozwalał na złożenie ważnej oferty. Takie przekonanie towarzyszyło Odwołującemu, aż do momentu otrzymania wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, co sam przyznał w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 18 marca 2015 r. Nie wydaje się przekonywującym, aby wykonawca działając w świadomości, iż podmiot z którego udziałem zamierzał wykonać zamówienie w charakterze podwykonawcy, poszukiwał innych możliwości pozyskania dodatkowego podwykonawcy. Sprzeczne z doświadczeniem życiowym były deklaracje Odwołującego o tym, iż przewidywał możliwość zakwestionowania potencjału „Musan”, gdyż w takiej sytuacji racjonalnym byłoby przedstawienie w ofercie potencjału „Emilab”. Na prowadzenie przed 16 marca 2015 r. przez Odwołującego z „Emilab” uzgodnień co do jego udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawcy udostępniającego jednocześnie swój potencjał, nie wskazuje również oświadczenie „Emilab”. Takiego ustalenia nie można bowiem dokonać w oparciu o samo stwierdzenie aktualności oświadczenia na dzień 12 marca 2015 r.

Izba uznała, iż w świetle tych okoliczności nie było możliwe przyjęcie, aby Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty. W przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, okoliczność jego dysponowaniem na dzień złożenia oferty nie może budzić wątpliwości również w przypadku korzystania z dobrodziejstwa instytucji uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, iż podmiot trzeci posiadał wymagany potencjał w dniu 12 marca 2015r., Odwołujący nie wykazał jednak, aby udostępnił go wykonawcy w dniu złożenia oferty.

W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny uzupełnionego zobowiązania i wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, co prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone okazanym biletem PKP potwierdzającym koszt dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: