

Sygn. akt: KIO 1216/18

Wyrok

z dnia 29 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 roku przez wykonawcę **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Legnica - Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica**, przy udziale: wykonawcy **EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, ul. Gdyńska 25, 58-100 Świdnica**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy** 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 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Legnica - Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Eksploatacja sygnalizacji świetlnej* (nr referencyjny: DT-P/5/2018) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2018 roku pod numerem 527924-N-2018. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 czerwca 2018 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (drogą elektroniczną i tradycyjną pocztą).

W dniu 18 czerwca 2018 roku wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie – w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym – od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo nie wykazania spełniania przez w/w wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej;
- zaniechaniu powtórzenia czynności oceny oferty wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19.04.2018 r. sygn. akt KIO 652/18;
- prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, poprzez zaniechanie ponownego bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu na rzecz, którego jest realizowane zamówienie wskazane przez wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w Wykazie usług, tj. do ZDM w Warszawie w celu wyjaśnienia okoliczności dotyczących w/w umowy zgodnie

z wyrokiem KIO 652/18 z dnia 19.04.2018 r. po otrzymaniu pisma z dnia 30.05.2018 r., (nr ZDM-TSG.5512.1426.2018.WKO) z ZDM w Warszawie;

2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień okoliczności dotyczących realizowanej umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r. świadczonej na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie zgodnie z wyrokiem KIO 652/18 z dnia 19.04.2018 r., po otrzymaniu pisma z dnia 30.05.2018 r. (nr ZDM-TSG.5512.1426.2018.WKO) z ZDM w Warszawie;
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie uznanie, że wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie posiada wymaganych zdolności zawodowych z uwagi na zaangażowanie zasobów zawodowych, tj. 2 osób wskazanych w ofercie do instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji świetlnej CROSS RS4, które są zaangażowane w inne przedsięwzięcie gospodarcze, tj. świadczenie usług na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie na podstawie umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r., co w konsekwencji może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia;
4. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, co skutkowało wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej;
5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, tj. Wykazu usług.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty w/w wykonawcy;
2. przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o sygn. KIO 652/2018 oraz wyroku KIO z dnia 19.04.2018 roku (KIO 652/2018);
3. obciążenie wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 roku zamawiający unieważnił czynność z dnia 30 marca 2018 roku, tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty i dokonał ponownej oceny oferty EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w ten sposób, że zwrócił się do ZDM w Warszawie o wyjaśnienie: czy odliczenia od wynagrodzenia ujęte w protokołach odbioru

usług są wynikiem nienależytego wykonania tych usług w ramach umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 roku. Odwołujący zauważył, że jak wynika z treści Informacji o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 11 czerwca 2018 roku, otrzymane wyjaśnienia od ZDM w Warszawie stały się jedyną podstawą do uznania, że wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz podjęcia decyzji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego, zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień od ZDM w Warszawie nie był uprawniony do przyjęcia, że świadczone przez w/w wykonawcę usługi w ramach umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 roku były wykonywane należycie. Odwołujący wskazywał na 2 różne funkcje jakie pełnią odliczenia od wynagrodzenia wynikające z postanowień umowy, o której mowa powyżej. Pierwsze z odliczeń - to odliczenia wynikające z zaistnienia określonych zdarzeń (zgłoszonych nieprawidłowości) wymienionych w pkt III.F ppkt 1 Specyfikacji Technicznej i ujętych w protokołach odbioru wykonanych usług, służące mobilizacji konserwatora do szybkiego reagowania na zaistniałe usterki. Natomiast drugie z odliczeń – na co wskazywał odwołujący - są następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w związku z nieusunięciem usterek w wyznaczonym terminie. Powołał się w tym zakresie na postanowienie § 6 w/w umowy w brzmieniu: *„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez Wykonawcę Zamawiający stosuje odliczenia od wynagrodzenia lub naliczy kary umowne ustalone według zasad oraz wysokościach określonych w pkt III. F. Specyfikacji Technicznej”* oraz na postanowienie pkt III. F.3. Specyfikacji Technicznej zgodnie, z którym: *„Po upływie okresu przewidzianego na usunięcie awarii Zamawiający, w przypadku nieusunięcia nieprawidłowości, uprawniony będzie do naliczania kar umownych za każdy kolejny dzień występowania nieprawidłowości aż do dnia otrzymania pisemnego zawiadomienia Konserwatora o przywróceniu sprawności urządzeń”*.

Odwołujący podnosił, że pismo ZDM w Warszawie z dnia 30 maja 2018 roku sprowadza się wyłącznie do wyjaśnienia pierwszego z w/w odliczeń od wynagrodzenia ujętych w protokołach odbioru wykonanych usług, natomiast nie odnosi się w ogóle do kwestii odliczeń będących konsekwencją nieusunięcia usterek w terminie, w tym nie wyjaśnia, czy podczas realizacji umowy ZDM w Warszawie dokonywał takich odliczeń oraz czy nakładane były kary umowne będące wynikiem nienależytego wykonania usług.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący i właściwy czy wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w sposób należyty wykonywał usługi na rzecz ZDM w Warszawie. Jego zdaniem, zamawiający był zobowiązany do ponownego wyjaśnienia, czy podczas realizacji w/w umowy zaistniały sytuacje nieusunięcia

nieprawidłowości w wyznaczonym terminie, a jeśli tak to czy w przypadku ich nieusunięcia po upływie okresu na ich usunięcie naliczone zostały kary umowne za każdy kolejny dzień występowania nieprawidłowości lub dokonano odliczeń od wynagrodzenia. Zwrócił uwagę, że treść pisma zamawiającego do ZDM w Warszawie z dnia 2 maja 2018 roku nie zawiera takich pytań. W konsekwencji podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty w/w wykonawcy jako najkorzystniejszej jedynie na podstawie niepełnych informacji przekazanych przez ZDM w Warszawie w zakresie odliczeń od wynagrodzenia ujętych w protokołach odbioru wykonanych usług z pominięciem kwestii dotyczącej możliwości naliczenia kar umownych lub dokonania odliczeń od wynagrodzenia z tytułu nienależytego wykonania umowy – w ocenie odwołującego - stanowi rażące naruszenie § 2 ust. 6 Rozporządzenia, a także narusza fundamentalne zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ustawy Pzp, bowiem nie przeprowadzono postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowania uczestników postępowania.

Odwołujący wskazywał również, że zamawiającemu przysługiwały inne środki umożliwiające weryfikację dowodów przedstawionych w sprawie, z których jednak nie skorzystał. Zdaniem odwołującego, zamawiający po otrzymaniu pisma od ZDM w Warszawie z dnia 30 maja 2018 roku, w którym pojawiło się kolejne zagadnienie wymagające wyjaśnienia, tj. możliwość naliczania kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz dokonania odliczeń od wynagrodzenia, powinien zwrócić się do wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z zapytaniem, czy podczas realizacji umowy takie kary zostały naliczone, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający błędnie zinterpretował nakaz Krajowej Izby Odwoławczej poprzez wystąpienie z prośbą o wyjaśnienie okoliczności dotyczących realizacji umowy nr DZP/48/PN/42/15- część III z dnia 18.05.2016 roku wyłącznie do ZDM w Warszawie, podczas gdy zgodnie z literalnym brzmieniem pkt 1 orzeczenia, a w szczególności mając na uwadze sformułowanie: *nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty EQOS Energie Polska Sp. z o. o., w tym wyjaśnienie okoliczności dotyczących realizowanej umowy (...)* zamawiający zobligowany był także do zwrócenia się do samego wykonawcy w celu wyjaśnienia zagadnienia ewentualnego naliczenia kar umownych przez ZDM w Warszawie oraz do ponownej oceny oferty w zakresie pozostałych dokumentów złożonych do oferty przez wykonawcę, w tym Wykazu usług.

Ponadto, odwołujący podniósł, że zamawiający ponownie oceniając ofertę wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o. o. nie podjął nawet próby ustalenia treści usuniętych zapisów w przedłożonych protokołach obioru usług wykonywanych na rzecz ZDM w Warszawie.

W ocenie odwołującego protokoły te, w żaden sposób, nie potwierdzają, że wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o. o. w sposób należyty wykonuje usługi i, że nie naliczono kar umownych z tego tytułu.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że zamawiający określił w pkt 12.1.2) lit. c) pkt 3) SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wymóg, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował m.in. co najmniej czterema osobami posiadającymi imienne ukończone przeszkolenie w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji świetlnej CROSS RS4, uprawniające do samodzielnego wykonywania w/w czynności. Dodał również, że oczywistym jest, iż intencją zamawiającego w takim sformułowaniu tego warunku było to, aby osoby posiadające takie przeszkolenie samodzielnie wykonywały czynności w tym zakresie. Odwołujący wskazywał, że dwie spośród czterech osób wymienionych w wykazie osób z dnia 21.03.2018 roku są zaangażowane w tym samym okresie czasu w świadczenie przez EQOS Energie Polska Sp. z o.o. usług związanych z prowadzeniem konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnej w ramach umowy świadczonej na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, w którego imieniu działa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie (powyżej wspomniana umowa nr DZP/48/PN/42/15 – § 18 ust. 7). W opinii odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż zaangażowanie zasobów zawodowych EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w realizację w/w umowy może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia. Powołał się przy tym na postanowienia siwz dla postępowania będącego przedmiotem odwołania, zgodnie z którymi czas przystąpienia do usuwania skutków kolizji drogowych oraz awarii stanowi kryterium oceny ofert i nie może być dłuższy niż 4 godziny, przy czym wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w treści oferty wskazał, iż przystąpi do usuwania skutków kolizji drogowych oraz awarii w ciągu 1 godziny. Odwołujący zwrócił uwagę na znaczną odległość jaka dzieli miasto Legnica od miasta Warszawy (ok. 450 km) i stwierdził, że przystąpienie do usuwania awarii powstałych na terenie Legnicy przez osoby zaangażowane w realizację zamówienia na rzecz ZDM w Warszawie w ciągu 1 godziny jest nierealne, gdyż czas ten nie pozwala na dojazd z Warszawy do Legnicy jakimkolwiek środkiem transportu np. koleją, samolotem itp. Odwołujący podnosił, że awarie mogą nastąpić w każdej chwili oraz jednocześnie w kilku różnych miejscach na terenie Legnicy, dlatego też zamawiający postawił wymóg dysponowania aż czterema osobami przeszkolonymi w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sygnalizacji świetlnej CROSS RS4, które są uprawnione do samodzielnego wykonywania tych czynności. W ocenie odwołującego wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie posiada wymaganych zdolności zawodowych, gdyż zasoby osobowe tego wykonawcy są zaangażowane w inne

przedsięwzięcie gospodarcze na terenie Warszawy, co w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego z EQOS Energie Polska Sp. z o.o. miałyby negatywny wpływ na realizację tego zamówienia, w szczególności na jego realizację zgodnie z ofertą wykonawcy, tj. we wskazanym czasie (1 godzina) przystąpienia do usuwania skutków kolizji drogowych oraz awarii.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że zamawiający określił w pkt 12.1.2) lit. c) pkt 1) siwz warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy obejmującego m. in. przeszkolenie w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS.

Zdaniem odwołującego, wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie wykazał spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu, gdyż w przedłożonym zamawiającemu w dniu 21 marca 2018 roku „Wykazie wykonanych zadań przez Wykonawcę” (*Wykazie usług*), a także w „Oświadczeniu o należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia” wykonawca nie odniósł się w ogóle do doświadczenia w przeszkoleniu w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający dokonując w dniu 11.06.2018 roku wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez EQOS Energie Polska Sp. z o.o. bezpodstawnie i przedwcześnie uznał, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w powyższym zakresie i tym samym naruszył przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający powtarzając czynność badania i oceny oferty EQOS Energie Polska Sp. z o.o. zgodnie z wyrokiem KIO 652/2018 z dnia 19.04.2018 roku, winien na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia Wykazu usług w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej i dopiero po wystosowaniu takiego wezwania, a następnie zbadaniu uzupełnionego Wykazu usług zamawiający powinien stwierdzić czy wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. spełnia w/w warunek udziału w postępowaniu, czy też jednak winien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że wskazane przez niego uchybienia zamawiającego winny skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. oraz powtórzeniem czynności badania i oceny jego oferty.

Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiający przekazał drugiemu z wykonawców biorącego udział w postępowaniu w dniu 18 czerwca 2018 roku (drogą elektroniczną i tradycyjną pocztą).

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 20 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego od wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej: przystępujący) – w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba ustaliła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – w dniu 29 czerwca 2018 roku – zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie a przystępujący pisemne stanowisko w sprawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym (w tym wezwania do złożenia dokumentów z dnia 19.03.2018 roku, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 27.03.2018 roku i odpowiedzi przystępującego na te wezwania, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z Zarządem Dróg Miejskich w Warszawie, informacji o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 30.03.2018 roku oraz z dnia 11.06.2018 roku.).

Ponadto, Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z akt sprawy o sygn. akt: KIO 652/2018, w szczególności z protokołu posiedzenia i rozprawy oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.04.2018 roku.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie przystępującego, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 czerwca 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest konserwacja i eksploatacja urządzeń Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem Transportem Publicznym oraz kanalizacji teletechnicznej LEGMAN na terenie miasta Legnicy.

Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 12.1.2 lit. c) ppkt 1 siwz wskazał, że:

„Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczenia ciągłego również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- przez co najmniej jeden rok, utrzymanie jednego układu złożonego co najmniej 14 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną pracujących w koordynacji,*
- utrzymanie w jednym mieście przez co najmniej jeden rok, co najmniej 35 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, w ramach jednego zadania,*
- przeszkolenie w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS”.*

Z kolei w pkt 12.1.2 lit. c) ppkt 3 siwz zamawiający podał, iż:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. ma do dyspozycji w celu obsadzenia niżej wymienionych stanowisk: (...) m.in.:

- minimum czterech pracowników posiadających imienne ukończone przeszkolenie w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji świetlnej CROSS RS4 uprawniające do samodzielnego wykonywania ww. czynności”.

Pismem z dnia 30 marca 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o wyborze oferty wykonawcy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w dniu 4 kwietnia 2018 roku wniósł odwołanie wobec w/w czynności podjętych przez zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2018 roku wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 652/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: *„unieważnienie czynności z dnia 30.03.2018 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, a także wykluczeniu z postępowania Wykonawcy Eqos Energie Polska Sp. z o.o. i odrzuceniu tej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Eqos Energie Polska Sp. z o.o., w tym wyjaśnienie okoliczności dotyczących realizowanej umowy nr DZP/48/PN/42/15 – część III z dnia 18.05.2016 r. świadczonej na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie (dokonanych odliczeń od wynagrodzenia).”*

Zamawiający w związku z powołanym powyżej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 2 maja 2018 roku zwrócił się do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie o wydanie opinii o realizacji umowy nr DZP/48/PN/42/15 przez firmę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. Ponadto, w związku z brakiem odpowiedzi na w/w pismo w dniu 24 maja 2018 roku złożył wniosek do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy firma EQOS Energie Polska Sp. z o.o. realizując umowę nr DZP/48/PN/42/15 wywiązywała się należycie z realizacji robót, jednocześnie załączając kopię pisma z dnia 2 maja 2018 roku.

Pismem z dnia 30 maja 2018 roku Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie przekazał odpowiedź zamawiającemu na pismo z dnia 2 maja 2018 roku informując o realizacji konserwacji sygnalizacji świetlnej przez firmę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w ramach umowy nr DZP/48/PN/42/15 z dnia 18 maja 2016 roku oraz Specyfikacji Technicznej.

W dniu 11 czerwca 2018 roku zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że: *„Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 kwietnia 2018r sygn. akt: KIO 652/18 Zamawiający uwzględnił orzeczenie i unieważnia czynność z dnia 30.03.2018r wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia z postępowania Wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o. o. (...). Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty EQOS Energie Polska Sp. z o. o. Po otrzymaniu wyjaśnień dotyczących realizacji umowy nr DZP/48/PN/42/15 przez EQOS Energie Polska Sp. z o. o.*

na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie, Zamawiający udzielenia zamówienia publicznego Wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o. o. (...)”.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu – stosownie do przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie z którym: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie ponownego bezpośredniego zwrócenia się do ZDM w Warszawie w celu wyjaśnienia okoliczności dotyczących w/w umowy zgodnie z wyrokiem KIO 652/18 z dnia 19.04.2018 r. po otrzymaniu pisma z dnia 30.05.2018 r. z ZDM w Warszawie – jest bezzasadny.

Przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp stanowi, iż:

- 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Z kolei przepis § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126), stanowi, iż: *Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.*

Przed wszystkim zwrócić należy uwagę, że zamawiający podjął czynności wyjaśnienia okoliczności dotyczących realizowanej umowy przez wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie nr DZP/48/PN/42/15 – część III z dnia 18 maja 2016 roku zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 652/18.

Zamawiający skierował bowiem do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie zapytanie, którego treść stanowi odzwierciedlenie sentencji wyroku zapadłego we wskazanej powyżej sprawie (pismo z dnia 2 maja 2018 roku). Zamawiający wskazał na okoliczności, które wymagają wyjaśnienia – dokonane odliczenia od wynagrodzenia, a nadto załączył kopię wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który stanowił podstawę wszczętej procedury wyjaśnień.

W ocenie Izby zamawiający dochował należytej staranności w tym zakresie i w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wystosował zapytanie do ZDM w Warszawie. Opisał również okoliczności, które wzbudziły jego wątpliwości, a mianowicie wskazywał na swoje podejrzenia odnośnie nienależytej realizacji prac przez wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. stwierdzając w tym piśmie m.in., iż: *„(...) Wykonawca nie odniósł się do przyczyn dokonywanych odliczeń, co utwierdza nas w przekonaniu, że ukrywając te informacje, nie chciał wyjawic, iż były one wynikiem nienależytej realizacji prac (...) W załączeniu przesyłam ksero Wyroku KIO z dnia 19.04.2018r z uprzejmą prośbą o udzielenie nam wyczerpujących wyjaśnień”*. W tytule pisma zamawiający wskazał, że dotyczy ono: *„opinii o realizacji umowy nr DZP/48/PN/42/15 przez firmę EQOS Energie Polska Sp. z o.o.”*.

Wbrew twierdzeniom odwołującego odpowiedź Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie również była jasna. Z treści tej odpowiedzi wynika, że Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie dokonał odliczeń od wynagrodzenia, które nie były związane z nienależytym wykonaniem usług. Odliczenia wynikają z okresowego wyłączenia z konserwacji latarni sygnalizacyjnych, przekazania konserwacji innemu konserwatorowi lub likwidacji sygnalizacji świetlnej.

Podnieść należy również, że wątpliwości co do należytego wykonywania usług przez EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w ramach umowy DZP/48/PN/42/15 zawartej z Zarządem Dróg Miejskich w Warszawie powstały tylko i wyłącznie w oparciu o treść protokołów odbioru wykonanych usług złożonych przez w/w wykonawcę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Z protokołów tych wynikało, że Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie dokonywał odliczeń od wynagrodzenia należnemu temu wykonawcy. Tym samym oświadczenie własne wykonawcy o należywym wykonaniu przedmiotu zamówienia budziło zastrzeżenia w związku z przedłożonymi wraz z nim dodatkowo protokołami odbioru usług. W konsekwencji zaistniała konieczność ustalenia czy odliczenia od wynagrodzenia nie są następstwem nienależytego wykonania usług. Należy zwrócić również uwagę, że zamawiający w piśmie do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 2 maja 2018 roku wprost sygnalizował, że podejrzewa, iż wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nienależycie realizował prace w ramach umowy nr DZP/48/PN/42/15. Tymczasem w swojej odpowiedzi Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie nie tylko wyjaśnia, że odliczenia określone wartościowo nie są zaliczane do nienależytego wykonania umowy, ale również nie sygnalizuje nawet w najmniejszym stopniu, iż miało miejsce nienależyte świadczenie usług w ramach przedmiotowej umowy. W piśmie tym Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie opisuje sytuację w jakiej może dojść do naliczenia kar umownych, ale nie wskazuje, iż takowe kary zostały nałożone na EQOS Energie Polska Sp. z o.o.

Faktem jest, że w piśmie z dnia 30 maja 2018 roku Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie odwołuje się jedynie do treści § 2 i 3 umowy nr DZP/48/PN/42/15 oraz pkt III.F Specyfikacji Technicznej, a nie odnosi się do postanowień § 6, w tym § 6 ust. 1 tejże umowy, zgodnie z którym: *W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych przez Wykonawcę Zamawiający stosuje odliczenia od wynagrodzenia lub naliczy kary umowne ustalone według zasad oraz w wysokościach określonych w pkt. III.F Specyfikacji Technicznej.* Jednakże trudno zarzucać zamawiającemu zaniechanie kontynuowania dalszego wyjaśniania czy jednak nie zostały dokonane odliczenia od wynagrodzenia czy nałożone kary umowne, o których mowa w § 6 w/w umowy, w sytuacji, gdy odwołujący nie wykazał, by zaistniały jakiegokolwiek okoliczności, które powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z treścią powołanego przez odwołującego (jako podstawa prawna zarzutu) przepisu § 2 ust. 6 Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego. W tym zaś przypadku istniejące wątpliwości zostały wyjaśnione na korzyść wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o.

Biorąc zatem pod uwagę zarówno odpowiedź Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z dnia 30 maja 2018 roku, jak i pozostające w dyspozycji zamawiającego oświadczenie wykonawcy o należyтым wykonywaniu usług wynikających z umowy należy uznać, że nie ma podstaw do zarzucania zamawiającemu zaniechania dalszego kontynuowania procedury wyjaśniającej w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień okoliczności dotyczących realizowanej umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r. świadczonej na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie zgodnie z wyrokiem KIO 652/18 z dnia 19.04.2018 r., po otrzymaniu pisma z dnia 30.05.2018 r. (nr ZDM-TSG.5512.1426.2018.WKO) z ZDM w Warszawie – jest bezzasadny.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie jest tak jak twierdzi odwołujący, iż zamawiający – na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 roku sygn. akt: KIO 652/18 - zobligowany był także do zwrócenia się do samego wykonawcy w celu

wyjaśnienia zagadnienia ewentualnego naliczenia kar umownych przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie. Obowiązek taki nie wynika bowiem z wyroku zapadłego w sprawie KIO 652/18, a tym bardziej ze sformułowania sentencji w pkt 1, na które powoływał się odwołujący, o treści: „(...) nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty EQOS Energie Polska Sp. z o.o., w tym wyjaśnienie okoliczności dotyczących realizowanej umowy (...)”.

W wyroku, o którym mowa powyżej, Izba jedynie wskazała na możliwość zwrócenia się bezpośrednio do wykonawcy jako na jedno z dwóch alternatywnych rozwiązań przy wyjaśnianiu okoliczności związanych z realizacją umowy, w szczególności związanych z przyczynami dokonanych odliczeń. Wynika to bezpośrednio z uzasadnienia samego wyroku (str. 14), gdzie Izba stwierdziła, iż: (...) *obowiązkiem Zamawiającego było wystąpienie o wyjaśnienie tych okoliczności przez Wykonawcę lub bezpośrednio przez ZDM w Warszawie (§ 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów).*

Skoro, zaistniałe wątpliwości co do charakteru dokonanych odliczeń od wynagrodzenia zostały wyjaśnione bezpośrednio przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie pismem z dnia 30 maja 2018 roku, o czym szerzej była mowa powyżej, a nie było podstaw do powzięcia nowych wątpliwości (wbrew twierdzeniom odwołującego), to tym samym nie było konieczności zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie okoliczności związanych z realizacją umowy. Tym samym bezpodstawny jest zarzut zaniechania wezwania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień okoliczności dotyczących realizowanej umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r. świadczonej na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie uznanie, że wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie posiada wymaganych zdolności zawodowych z uwagi na zaangażowanie zasobów zawodowych, tj. 2 osób wskazanych w ofercie do instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji świetlnej CROSS RS4, które są zaangażowane w inne przedsięwzięcie gospodarcze, tj. świadczenie usług na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie na podstawie umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r., co w konsekwencji może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia – jest bezpodstawny.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.*

Z kolei zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp: *Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Odnosnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. minimum czterema pracownikami posiadającymi imiennie ukończone przeszkolenie w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji CROSS RS4 uprawniające do samodzielnego wykonywania tych czynności (pkt 12.1.2 lit. c) ppkt 3 siwz) Izba stwierdziła, że wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. wykazał, iż dysponuje takimi osobami.

Odwołujący podnosił, że dwie, spośród czterech wykazanych przez w/w wykonawcę osób, są zaangażowane w inne przedsięwzięcie gospodarcze (realizacja umowy nr DZP/48/PN/42/15 - część III z dnia 18.05.2016 r na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie) w taki sposób, iż może to mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powoływał się przy tym na § 18 ust. 7 w/w umowy, z którego to postanowienia wynika tylko to, że imiennie w nim wskazane dwie osoby (te same co wykazywane przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa powyżej) reprezentują wykonawcę EQOS Energie Polska Sp. z o.o. w ramach w/w umowy i są upoważnione do podejmowania decyzji w sytuacjach wymagających szybkiej interwencji (został podany do nich kontakt telefoniczny).

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że okoliczność zaangażowania dwóch spośród czterech osób mających imiennie przeszkolenie w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji CROSS RS4 w ramach w/w umowy zawartej z Zarządem Dróg Miejskich w Warszawie, może mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia. A to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia tej okoliczności zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, stanowiącym, iż: *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z samego zaś faktu zaangażowania zasobu przeznaczanego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze (nawet w innym odległym mieście) nie można wywodzić, że wyrzuci to negatywny skutek na jego wykonanie. Odwołujący nawet nie wykazywał w jakim stopniu są zaangażowane zasoby osobowe w inne przedsięwzięcie gospodarcze, a z powołanego przez niego § 18 ust. 7 w/w umowy wynika jedynie to, że osoby te są upoważnione do podejmowania decyzji wymagających szybkiej interwencji.*

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EQOS Energie Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, tj. Wykazu usług. – jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wskazywał na warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 12.1.2 lit.c) ppkt 1 siwz dotyczący zdolności zawodowej, w brzmieniu następującym:

„Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczenia ciągłego również wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- przez co najmniej jeden rok, utrzymanie jednego układu złożonego co najmniej 14 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną pracujących w koordynacji,*
- utrzymanie w jednym mieście przez co najmniej jeden rok, co najmniej 35 skrzyżowań z sygnalizacją świetlną, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, w ramach jednego zadania,*
- przeszkolenie w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS”.*

Zdaniem odwołującego wykonawca EQOS Energie Polska Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, gdyż w przedłożonym zamawiającemu w dniu 21.03.2018 roku „Wykazie wykonanych zadań przez Wykonawcę” (Wykazie usług), a także w „Oświadczeniu o należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia” nie odniósł się w ogóle do doświadczenia w przeszkoleniu w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS, dlatego też zamawiający powinien na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać w/w wykonawcę do uzupełnienia Wykazu usług w tym zakresie.

Izba w tym zakresie podziela argumentację wyrażoną w stanowisku pisemnym złożonym przez przystępującego, w szczególności odnośnie kwestii interpretacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 12.1.2 lit.c) ppkt 1siwz, a dotyczącego doświadczenia. Oczywistym jest, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Skoro przedmiotem zamówienia jest konserwacja i eksploatacja urządzeń Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem Transportem Publicznym oraz kanalizacji teletechnicznej LEGMAN na terenie miasta Legnicy i przedmiot zamówienia nie obejmuje przeprowadzenia szkoleń w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS, to należałoby uznać, że wymóg przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS nie dotyczy wykazania się doświadczeniem w zakresie przeszkolenia, lecz faktycznego przeszkolenia w zakresie obsługi sterowników firmy CROSS, co jest niezbędne do prawidłowej realizacji zadań objętych przedmiotowym zamówieniem. Tym samym podzielić należy stanowisko, że niefortunnie został skonstruowany sam zapis siwz w tym zakresie. Ponadto, wskazać należy, że odnośnie przeszkolenia w tym punkcie siwz zamawiający nie zawarł dodatkowych wymogów, jak chociażby wymogów ilościowych. Dopiero w kolejnym punkcie (ppkt 3) zamawiający wskazywał, że wykonawca winien dysponować co najmniej czterema pracownikami posiadającymi imiennie ukończone przeszkolenie w zakresie instalacji, konserwacji i obsługi sterowników sygnalizacji świetlnej CROSS. W celu zaś potwierdzenia przeszkolenia osób w powyższym zakresie wykonawca przedłożył stosowne oświadczenia.

Tym samym nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne, a odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a), a także § 5 ust. 4 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) powołanego powyżej Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*

1) wpis, obejmujący w szczególności:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań (...)

Stosownie zaś do § 5 ust. 4 w/w Rozporządzenia: *W przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, obciążając nimi odwołującego.

Przewodniczący: