

Sygn. akt: KIO 889/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2016r. przez **wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Polskie LNG Spółka Akcyjna z siedzibą w Świnoujście, ul. Fińska 7**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9** 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 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na całodobową ochronę fizyczną osób i mienia wraz z monitorowaniem obiektów terminalu LNG w Świnoujściu zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 8 marca 2016r. za numerem 2016/S 047-078958.

W dniu 17 maja 2016r. zamawiający pisemnie poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu wykonawcy STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9 – dalej odwołujący, z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W dniu 25 maja 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie podpisał pełnomocnik odwołującego działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2016r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopię odwołania odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 25 maja 2016r.

Zamawiający w tym dniu powiadomił o wniesieniu odwołania innych wykonawców przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W odwołaniu odwołujący stwierdził, że zamawiający, wykluczając go z postępowania, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 - ustawy), przez jego niewłaściwe zastosowanie pomimo braku ku temu podstaw.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w wysokości 15.017,00 zł (wpis i opłata od pełnomocnictwa).

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, z uwagi na fakt, że odwołujący złożył w postępowaniu wniosek o dopuszczenie do udziału w

Postępowaniu, a następnie, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu, został zeń wykluczony. Na skutek wskazanych czynności podjętych przez zamawiającego odwołujący nie będzie miał możliwości złożenia oferty. W interesie odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na rzekome niespełnienie dwóch warunków udziału w postępowaniu opisanych ogłoszeniu o zamówieniu:

- (1) warunku określonego w sekcji III.2.3 ust. 2) lit b ogłoszenia w odniesieniu od pana G. C.;
- (2) warunku określonego w sekcji III.2.3 ust. 2) lit d tiret trzecie ogłoszenia w odniesieniu do pana J. Ł., pana W. G. oraz pana Z. N. .

Stanowisko zamawiającego co do wykluczenia odwołującego jest błędne z następujących powodów.

Zamawiający popełnił w swym rozumowaniu błąd polegający na uznaniu, że przedłożone przez odwołującego poświadczenie, niewymagane treścią ogłoszenia, może być podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z uwagi na treść art. 22 ust. 3 ustawy, poświadczenie takie nie mogło być podstawą oceny udziału w postępowaniu. Co więcej, zamawiający nie wymagał, aby pracownik dysponował takim poświadczeniem, gdyż wystarczające jest upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone ” lub wyższe, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych. Upoważnieniem takim powołana osoba dysponuje, co zostało potwierdzone w treści oświadczenia odwołującego.

W odniesieniu do drugiego warunku, odwołujący wyjaśnił, że nie zadeklarował w treści oświadczenia złożonego w toku postępowania, iż podstawą dysponowania przedstawionymi osobami, jest zasób podmiotów trzecich w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy, a przeto odwołujący nie przedkładając oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału, nie dopuścił się zaniechania skutkującego niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Osoby wskazane w treści oświadczenia są pracownikami odwołującego, którzy wykonywać będą zadania zadeklarowane treścią oświadczenia na podstawie dodatkowej umowy cywilnoprawnej.

Odwołujący twierdzi, że błędne jest przy tym rozumowanie zamawiającego, który z faktu że w pozostałych pozycjach oświadczenia tabelarycznego, odwołujący wpisał, jako podstawę do dysponowania osobami „umowę cywilnoprawną”, bez dopisku „udostępnienie potencjału przez podmiot trzeci”, wywodzi, że poprzez zamieszczenie takiego sformułowania przy trzech omawianych osobach chodzi o potencjał udostępniany w rozumieniu art. 26 ust.2b ustawy. Rozróżnienie zasadza się na tym, że wskazane trzy osoby wyraziły, odmiennie

aniżeli pozostałe osoby wskazane w liście, zainteresowanie podjęciem się wykonania opisanych zadań w ramach podejmowanej samodzielnie działalności gospodarczej. Ta okoliczność zadecydowała, że odwołujący wprowadził w odniesieniu do tych trzech osób odmienny opis w tabeli.

W dniu 31 maja 2016r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i postanowił uwzględnić w całości zarzuty postawione w odwołaniu. Oświadczył, że unieważnia czynność wykluczenia odwołującego z postępowania dokonaną pismem z dnia 16 maja 2016r. i w konsekwencji dokona powtórnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego. Odpowiedź została złożona przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 grudnia 2014r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do

§ 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:** .....