

POSTANOWIENIE
z dnia 5 września 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 września 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2013 roku przez wykonawcę **Jarosława K. prowadzącego działalność pod nazwą Hardsoft – Telekom Jarosław K. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **RadioPartners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Jarosława K. prowadzącego działalność pod nazwą Hardsoft – Telekom Jarosław K. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jarosława K. prowadzącego działalność pod nazwą Hardsoft – Telekom Jarosław K. z siedzibą w Poznaniu** 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 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „modernizację systemu Tetra służącą podniesieniu sprawności służb ratowniczych w aglomeracji łódzkiej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 23 sierpnia 2012 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 90 ust. 1 przez zaniechanie czynności zwrócenia się do RadioPartners Sp. z o.o. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
2. naruszenie art. 22. ust. 1 PZP wraz z art. 24 ust. 1 przez zaniechanie czynności wyjaśnienia czy jedyna dostawa podana w wykazie dostaw jest wykonywana lub została wykonana należycie przez zwrócenie się do podmiotu na rzecz, którego wykonano tę dostawę.

Odwołujący wnosil o:

1. zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
2. zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 (w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form jakich te dokumenty mogą być składane) wystąpienia do podmiotu, na rzecz którego wykonano dostawę podaną w wykazie dostaw,
3. wykluczenia RadioPartners Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 22. ust. 1 PZP wraz z art. 24 ust. 1 jeśli wyjaśnienia od podmiotu, na rzecz którego wykonano dostawę z wykazu dostaw przedstawione na rozprawie udowodnią, że ta dostawa jest lub była wykonana nienależycie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku UE w dniu 2 marca 2013 roku pod numerem 2013/S 044-070431, wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce w dniu 15 kwietnia 2013 roku. Po przeprowadzeniu pierwotnego badania ofert (w tym badania, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę) Zamawiający wykluczył Przystępującego zarzucając niewykazanie spełnienia warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Przystępujący wniósł odwołanie, które zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione (sygn. akt KIO 1524/13, KIO 1528/13). Wykonawca zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 przez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wyrokiem nakazano „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego”. W wyroku stwierdzono, że *„W wyniku oceny materiału dowodowego wraz z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie, Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, uznając, że odwołanie podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, (...)”*.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie precyzując zarówno należytego wykonania dostawy, jak też pojęcia dowodów. Przedmiotem sporu są wyłącznie owe dowody dotyczące należytego wykonania dostawy. Opis zamieszczony w SIWZ o obowiązku załączenia dowodów, czy dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ, jest powtórzeniem przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ust. 2 tego przepisu podano, że dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 (dotyczy robót budowlanych) i pkt 3 (dotyczy głównych dostaw i usług), są: poświadczenie (pkt 1), (...), pkt 3 - w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Z kolei przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia (19 lutego 2013 r.), wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw (...), określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Na podstawie powyższych uregulowań odwołujący mógł złożyć, jako dowody: poświadczenie, oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze

nie był w stanie uzyskać poświadczenia lub dokument potwierdzający, że dostawy zostały wykonane należycie.

Skoro zamawiający uznaje wskazaną w wykazie dostawę, wykonaną na podstawie kontraktu 2010/255-645 - Dostawa sieci radiotelefonicznej dla Zintegrowanego Centrum Operacji Morskich w Durres - za wystarczającą dla potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia, realizowaną w innym systemie prawnym, dowód potwierdzający należyte wykonanie dostawy, powinien być także oceniany z uwzględnieniem charakteru i odmienności stosowanej procedury. (...) Zdaniem Izby, należało uznać, że załączone do oferty oraz uzupełnione na wezwanie dokumenty, wskazujące na wykonanie dostawy wraz z jej zainstalowaniem, przeprowadzeniem szkoleń i odbiorem oraz potwierdzeniem zapłaty za wykonanie umowy, stanowiły podstawę do przyjęcia, że odwołujący potwierdził wymagania zamieszczone w SIWZ. Na rozprawie odwołujący złożył pismo beneficjenta dostawy potwierdzające fakt wykonania dostawy w należyty sposób. Realizacja uprawnień wynikających z gwarancji nie powinna stanowić, w ocenie Izby, negatywnej oceny należytego wykonania dostawy. Takiego kryterium oceny nie zastosował zamawiający."

Zamawiający po otrzymaniu odpisu orzeczenia unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, powtórzył czynności oceny ofert i wybrał ofertę obecnie Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Ustalono, że przystąpienie z dnia 26 sierpnia 20123 roku spełnia przesłanki formalne. Wykonawca **RadioPartners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłosił przystąpienie w terminie trzech dni od otrzymania zawiadomienia o wniesieniu odwołania. Do przystąpienia załączono dowody świadczące o przekazaniu Odwołującemu i Zamawiającemu kopii zgłoszenia.

W oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy oraz biorąc pod uwagę akta postępowania w sprawie KIO 1524/13 oraz KIO 1528/13, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że kluczowy zarzut odwołania to jest: zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przystępującego z postępowania z powodu nieprzedstawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy wskazanej w wykazie znajdującym się w ofercie Przystępującego, był już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1524/13 i KIO 1528/13. W ocenie Izby, w przedmiotowym odwołaniu, Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę, a sprowadzają się one do ustalenia czy wybrany wykonawca (wówczas

wykluczony z postępowania) potwierdził spełnianie warunków udziału i należyte wykonanie dostawy. To zaś zostało już przez Izbę przesądzone.

Zauważyć przy tym należy, że w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym obecnie Odwołujący się wykonawca miał możliwość zgłoszenia przystąpienia po którejkolwiek ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z której to możliwości skorzystał przyłączając się do strony zamawiającej i mógł kwestionować, a także mieć wpływ na ustalenie wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mógł na rozprawie powoływać się na dowody i informacje, które przedstawia w obecnie wniesionym odwołaniu. Uprawnione było wnioskowanie o zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Taki wniosek nie został przez wykonawcę przedstawiony. Ponadto, jako uczestnikowi postępowania odwoławczego, jeżeli nie zgadzał się z rozstrzygnięciem Izby, przysługiwało prawo zaskarżenia orzeczenia w postaci wniesienia skargi na wyrok KIO do właściwego sądu okręgowego. Ze strony wykonawcy obecnie wnoszącego odwołanie takie działanie nie miało miejsca. Uznać zatem należy, że obecnie zgłaszane zarzuty są zarzutami spóźnionymi, ponieważ ich formułowanie w obecnym kształcie było możliwe w ciągu 10 dni od daty ogłoszenia wyniku postępowania i na poprzednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia lub podczas rozprawy toczącej się z odwołania Przystępującego, w której Odwołujący brał czynny udział. Podobnie sytuacja przedstawia się w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy taka czynność była już w postępowaniu wykonana i nie zachodził obowiązek ponownego wzywania wykonawcy i badania tej kwestii. Również w tym zakresie zarzuty wykonawcy należy uznać za spóźnione, a przede wszystkim za bezpodstawne. Zupełnie niezrozumiałe zdaje się formułowanie zarzutu zaniechania czynności, która została w postępowaniu wykonana.

Zwrócić uwagę należy także na tożsamość rozpoznawanych przez Izbę w sprawach KIO 1524/13 i KIO 1528/13 oraz poruszonych w obecnie wniesionym odwołaniu kwestii w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co skutkować musi na tym etapie pozostawieniem zarzutów naruszenia ustawy Pzp bez rozpoznania ich jako spóźnionych.

Ponadto Izba wskazuje, że zarzuty odwołania Odwołującego odnoszą się do czynności i zachowań Zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem Izby, czyli zgodnie z treścią wyroku Izby. A więc podstawą odwołania są czynności, które Zamawiający przeprowadził zgodnie z treścią wyroku z dnia 11 lipca 2013 roku w sprawach

o sygn. akt KIO 1524/13 oraz KIO 1526/13, co biorąc pod uwagę brzmienie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

Zgodnie zatem z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeśli dotyczy czynności, którą zamawiający, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Ponadto Izba zauważa, że wskazanie przez Odwołującego dodatkowej kwalifikacji prawnej (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) w świetle argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu nie stanowi nowego zarzutu. Wobec zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba nie analizowała innych podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania. Przyjęcie przedmiotowego odwołania do rozpoznania w kształcie zarzutów w nim sformułowanych prowadziłoby w konsekwencji do ponownej oceny okoliczności, co do których Izba wyrokowała już w uprzednio wydanym orzeczeniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 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 (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący: