

**Sygn. akt: KIO 1130/19**

**WYROK**

**z dnia 28 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Ewa Sikorska**

**Bartosz Stankiewicz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę MPTECHNOLOGY sp. z o.o., ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowa Sól – Miasto, 67-100 Nowa Sól, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 12

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MPTECHNOLOGY sp. z o.o., ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk 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 MPTECHNOLOGY sp. z o.o., ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk 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 2018 r., poz. 1986 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 Zielonej Górze.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Nowa Sól – Miasto, 67-100 Nowa Sól, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 12 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską na potrzeby projektu p.n. Przyjazna Komunikacja Publiczna - Centra Obsługi Pasażerów Nowosolskiego SubObszaru Funkcjonalnego”, znak sprawy: ZP.271.10.2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 10 kwietnia 2019r., numer ogłoszenia 536198-N-2019.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i wdrożenie na potrzeby autobusowej komunikacji miejskiej na terenie objętym Nowosolskim SubObszarem Funkcjonalnym systemu biletu elektronicznego obejmująca:

- dostawę 84 sztuk kasowników wraz z ich montażem w 27 autobusach,
- dostawę niezbędnej do prawidłowego działania systemu biletu elektronicznego infrastruktury serwerowej i sieciowej (serwery, urządzenia do przechowywania kopii, urządzenia typu UPS, pozostałe urządzenia niezbędne do działania systemu),
- dostawę i wdrożenie oprogramowania zarządzającego systemem biletów elektronicznych oraz udzielenie licencji na użytkowanie wdrożonego systemu,
- dostawę 4 sztuk czytników kontrolerskich,
- dostawę kart zbliżeniowych na potrzeby biletu elektronicznego w ilości 3500 sztuk,
- dostawę urządzeń komputerowych: routery VPN - 2 szt., drukarki termiczne termo sublimacyjne, laserowe A4, drukarki do paragonów, komputery osobiste, monitory LCD, zasilacze awaryjne dla trzech stanowisk do personalizacji, sprzedaży i doładowania kart biletu elektronicznego,
- stworzenie serwisu internetowego wraz z poradnikiem dla użytkowników biletu elektronicznego,
- przeprowadzenie szkolenia w zakresie obsługi i użytkowania systemu biletu elektronicznego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia zawiera rozdział II SIWZ Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy.

Odwołujący: MPTECHNOLOGY sp. z o.o., ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk w dniu 12 czerwca 2019r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną (e-mail) informację o wykluczeniu z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 czerwca 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca spełnia warunki w postępowaniu,

2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie dopuścił się niewykonania albo nienależytego wykonania wcześniejszej umowy;

3. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo że Odwołujący nie naruszył obowiązków zawodowych;

4. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie dokonał samooczyszczenia ani z własnej inicjatywy ani na wniosek Zamawiającego, choć stosowne wyjaśnienia zostały złożone, oraz pomimo że Zamawiający nie dokonywał dodatkowego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie, choć tak twierdzi w zawiadomieniu o wykluczeniu;

5. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art.24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do kontynuowania z wykonawcą procedury, gdyż twierdzenie Zamawiającego, zawarte w zawiadomieniu o wykluczeniu, iż wezwanie takie zostało przekazane nie polega na prawdzie;

6. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art.24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wyjaśniania kwestii dla niego niejasnych „do skutku”, lecz może oprzeć się przy czynności wykluczenia na domysłach, nie odzwierciedlonych w treści oferty;

7. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 5 kodeksu cywilnego, poprzez nadużycie własnego prawa podmiotowego do wskazywania podstaw faktycznych swych czynności, w zakresie powoływania się na coraz to nowa podstawy faktycznie odstąpienia od umowy, co uniemożliwia stwierdzenie, jaka jest właściwe uzasadnienie czynności podejmowanych przez Zamawiającego;

8. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, co skutkowało brakiem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający uznał, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania przez Odwołującego warunku należytego wykonania jednego zamówienia polegającego na wykonaniu systemu biletu elektronicznego z następujących powodów:

- 1) wykazane zamówienie „Dostawa, zainstalowanie i wdrożenie systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską w Nowosolskim subObszarze Funkcjonalnym nie zostało wykonane,
- 2) złożone dokumenty nie stanowią dowodów określających, że wykazane zamówienie zostało wykonane należyście.

Zauważył, że powyższe zamówienie nie zostało odebrane przez Zamawiającego, zaś fakty co do tego, która strona popełniła błędy i które z nich były istotne, będzie ocenione przez sąd cywilny i karny, bowiem Odwołujący w tej sprawie skierował tak pozew do sądu cywilnego z roszczeniem pełnej zapłaty za wykonaną umowę, jak i zawiadomienie do Prokuratury w zakresie możliwości popełnienia przestępstwa przez osoby z Urzędu Miasta Nowa Sól.

Wskazał, że pozew o zapłatę pełnego wynagrodzenia należnego Odwołującemu w wysokości 851.160,00 zł został złożony w dniu 13 maja 2019 r. do Sądu Okręgowego w Poznaniu, IX Wydział Gospodarczy i został zarejestrowany w repertoriów spraw pod sygnaturą IX GC 539/19. Natomiast postępowanie karne przeciwko Zamawiającemu toczony jest w Prokuraturze Rejonowej we Wschowie po sygn. 1DS942219.

Odwołujący skomentował wywody Zamawiającego co do oświadczenia wykonawcy potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

Zaznaczył, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26

lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn zm.) dowodami określającymi, że wykazane zadanie zostało wykonane należycie są jedynie referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane.

Wykonawca złożył oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia, gdyż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dopuszcza możliwość złożenia przez wykonawcę oświadczenia co do należytego wykonania zamówienia jedynie w przypadku, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane.

Oczywistym dla Odwołującego, w świetle:

- 1) faktu odstąpienia od umowy,
- 2) wezwania do zapłaty wystosowanego przez odwołującego i reakcji Zamawiającego odmawiającego zapłaty choćby 1 gr,
- 3) toczącego się sporu sądowego i postępowania karnego wobec Zamawiającego,
- 4) wreszcie w świetle informacji o wykluczeniu Odwołującego z tego postępowania, gdzie zamawiający nawet pokusił się o generowanie wobec Odwołującego nowych zarzutów ponad te pięć wymienionych w odstąpieniu,
  - jest, że obiektywnie nie ma on szans uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy.

Zarzucił, że Zamawiający, rozpisując się o tym, że Odwołujący nie wystąpił do Zamawiającego o wystawienie tzw. referencji, z punktu widzenia strategii procesowej, nie ma odwagi przyznać, że nie wystawiłby ich Odwołującemu.

Odnosząc się do powyższego wnosil o zadanie pytania Zamawiającemu na okoliczność, czy gdyby Odwołujący wystosował wniosek o wystawienie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia: pn. „Dostawa, zainstalowanie i wdrożenie systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską w Nowosolskim subObszarze Funkcjonalnym”, które było przedmiotem umowy nr ZP.272.13.2018, zawartej w dniu 8 czerwca 2018 r., to czy Zamawiający z pewnością dokument o takiej treści by wystawił?

Zarzucił również, że Zamawiający też nie wskazał przepisu, który zobowiązywałby go badać procedurę (starania, wykazywanie że takiego dokumentu nie może pozyskać, wykazywania zamawiającemu przyczyny, nieskuteczność środków) jaka poprzedziła złożenie oświadczenia o należywym wykonaniu zadania.

Nie wskazał też przepisu, który został naruszony, gdy Odwołujący zamiast „referencji”, przedkłada Zamawiającemu oświadczenie o należywym wykonaniu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że nie zna listy wymagań, jakie musiałyby w oczach Zamawiającego spełnić, aby wykazać uzasadnione i o obiektywnym charakterze przyczyny braku tego dokumentu.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający jako gospodarz postępowania i profesjonalista musiał się liczyć z tym, że z uwagi na bardzo ograniczony krąg wykonawców zdolnych do wykonania tego zamówienia (vide: ilość ofert w poprzednim i obecnym postępowaniu), Odwołujący wystartuje w przetargu, więc taką listę powinien umieścić w SIWZ.

W swoim odwołaniu Odwołujący przedstawił, ile postępowań na ten sam zakres zamówienia prowadził Zamawiający w formie tabelarycznej.

Według Odwołującego - dla każdego, w tym postępowaniu jasne jest, że powody przedłożenia oświadczenia zamiast dokumentu pochodzącego od Zamawiającego, mają charakter obiektywny, w tej sytuacji z definicji.

Sytuacja dotyczy tego Zamawiającego, więc sprawdzać dochowania jakiś nieznanych procedur Zamawiający nie musiał, gdyż doskonale zna przyczyny, z powodu których Odwołujący nie dysponuje rzeczonymi referencjami i pewnie jeszcze przez kilka lat nimi dysponować nie będzie.

Wskazał, że dostrzega to zresztą sam Zamawiający zauważając, że: „Oczywistym jest, że jest to związane z toczącym się sporem pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, związanym z odstąpieniem zamawiającego od umowy z wykonawcą MPTECHNOLOGY Sp. z o.o. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyższe okoliczności wskazują, że przyczyny braku wymaganych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie nie mają charakteru obiektywnego.”.

W świetle tak specyficznej sytuacji, gdy brak jest odbioru przedmiotu umowy, z powodu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, Odwołujący mógł tylko – jak twierdzi -

w jeden logiczny sposób potwierdzić należyte wykonanie zamówienia: składając własne oświadczenie, zamiast dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane.

Na marginesie wskazał, że zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie i orzecznictwie „protokół odbioru końcowego” nie ma wpływu na zasadność wynagrodzenia należnego Odwołującemu od Zamawiającego, gdyż wykonana usługa nie jest zależna od podpisania „protokołu odbioru końcowego”, jakoby to potwierdzającego wykonanie przedmiotu umowy.

W swoim odwołaniu przytoczył powody odstąpienia od umowy ZP.272.13.2018 i nowe zarzuty nieznane mu na etapie badania jego oferty.

Według Odwołującego - wykonawcy nie mogą być zaskakiwani tym, że Zamawiający będzie wynajdywał coraz to nowe zarzuty, jakoby nienależytego wykonania umowy ze strony wykonawcy, gdyż powyższe niewątpliwie stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (naruszenie art. 5 KC).

Nadto, taki sposób postępowania Zamawiającego pozbawiał Odwołującego prawa do obrony.

Argumentował, że powodów odstąpienia przez Zamawiającego od umowy zawartej z Odwołującym było pięć, i tylko te będą rozpatrywane przez sąd.

W odniesieniu zaś do samooczyszczenia, to wskazał, że wraz z ofertą Odwołujący złożył dokument, w którym oświadczył, iż faktycznie, błędem było przystąpienie do realizacji umowy z Zamawiającym w dobrej wierze, tj. bez współpracy z profesjonalnymi podmiotami, dbającymi o interes prawny własnych Klientów; zatem, w celu naprawienia własnych błędów (samooczyszczenie), Odwołujący nawiązał współpracę z Kancelarią Radcy Prawnego D. Z. & Partnerzy; obecnie więc Odwołujący skupia się na realizacji umów, zaś profesjonalny pełnomocnik na ochronie Odwołującego przez bezprawnymi działaniami obecnych i potencjalnych kontrahentów (np. zamawiających publicznych).

Co do podstaw odstąpienia, ich zasadność jest – w ocenie Odwołującego - sporna, zatem z uwagi na fakt, że nie poczuwa się on winnym w zakresie merytorycznym, bowiem wraz z ofertą złożył dokument, w którym wyjaśnił, dlaczego nie składał oświadczeń o samooczyszczeniu w tym zakresie, oraz wskazał, że złożył stosowny pozew i zawiadomienie do prokuratury.



Zarzucił, że Zamawiający, w złej wierze, w informacji o wykluczeniu wygenerował kolejne zarzuty.

W związku z tym, wnosił o ich pominięcie, względnie uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W kolejnym zarzucie wskazał błędne zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie naruszył poważnie swoich obowiązków przy realizacji umowy, wykonywanie umowy nie podważa jego uczciwości, nie dopuścił się zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa.

Przekonywał, że wszystkie te twierdzenia Zamawiającego będą zbadane w postępowaniu sądowym, zapewne będzie wykonana opinia biegłego, na tyle rzetelna na ile Zamawiający nie dopuści się zniszczenia dowodów.

Dalej wywodził, że dla Zamawiającego, kluczowym argumentem jest brak udziału firmy MERA SYSTEMY Sp. z o. o. z Grodziska Wielkopolskiego, w realizacji części zamówienia, co zdaniem Zamawiającego, doprowadziło do nie wykonania albo nienależytego wykonania zamówienia.

Jednakże, twierdzenia Zamawiającego – w przekonaniu Odwołującego - nie mają odzwierciedlenia w stanie rzeczywistym, i z tego też względu dochodzi on przed sądem zapłaty całego należnego wynagrodzenia.

W swoim odwołaniu przedstawił w formie tabelarycznej sporny zakres dostawy, twierdzą, że go w całości zrealizował w sposób należyty.

Podniósł, że Zamawiający specyfikując zakres dostaw jakie miała wykonać MERA SYSTEMY Sp. z o.o., nawet nie zaprzecza że dostawy te zostały zrealizowane, zaś należyte wykonanie dostaw nie może się stać powodem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nadto zauważył, że § 2 ust. 2 umowy ZP.272.13.2018 odnosi się do podwykonawcy/podmiotu trzeciego do wykonania usług nie dostaw, zatem już z tej przyczyny argumentacja Zamawiającego braku udziału firmy MERA SYSTEMY Sp. z o. o. w realizacji przedmiotu umowy nie może się ostać, co oznacza, że Odwołujący nie musiał w żaden sposób informować Zamawiającej, że sam wykonuje dostawy, gdyż zapis umowy dotyczył tylko i wyłącznie usług.

Wobec tego, bezpodstawne jest twierdzenie – zdaniem Odwołującego - zawarte w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującej i odrzuceniu oferty w zakresie konieczności wykonywania części umowy przez MERA SYSTEMY sp. z o.o. w zakresie dostawy.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że art. 22a ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Z powyższego przepisu wynika, że wymóg ten dotyczy jedynie usług i robót budowlanych natomiast, jak to wskazuje Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty, MERA SYSTEMY sp. z o.o. z Grodziska Wielkopolskiego miała uczestniczyć w realizacji zamówienia realizowanego w ramach umowy ZP.272.13.2018 wyłącznie w zakresie dostawy.

W wyniku tego, Zamawiający w ramach poprzedniej umowy nie mógł nałożyć obowiązku korzystania przez Odwołującego z podwykonawcy w ramach dostawy.

Zdaniem Odwołującego - doszło do zmiany podmiotu po stronie podwykonawcy: WIERA SYSTEMIY Sp. z o. o. na WIPTECHNOLOGY sp. z o.o.

Po pierwsze, wskazał, że ustawa Pzp dopuszcza możliwość zmiany podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca zarówno w toku postępowania, jak i w toku realizacji zamówienia publicznego.

Po drugie, zmiana taka może polegać nie tylko na zmianie danego podwykonawcy, ale również na całkowitej rezygnacji z powierzenia mu części zamówienia.

Po trzecie, powyższe uprawnienia wykonawców wynikające bezpośrednio z ustawy Pzp, doprowadziły Krajową Izbę Odwoławczą do sformułowania wniosku, że podanie firm konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie jest elementem oferty, który może ulec

zmianie.

Dlatego też Izba wskazuje, że art. 36b ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana lub też nie będzie zbieżna z faktycznymi podmiotami, które dane zakresy wykonają, lub też wskazane zakresy prac do powierzenia będą obszerniejsze niż faktycznie zawarte umowy podwykonawcze.

Podkreślił przy tym, że powyższe zasady nie dotyczą tylko i wyłącznie wykonawców, ale mają również znaczenie dla Zamawiającego, bowiem nie może on wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który powierza wykonawstwo danego zakresu innemu podmiotowi, lub wykonuje go samodzielnie.

Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest – zdaniem Odwołującego - poleganie na cudzym potencjale w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (tylko trzy zakresy), jeżeli podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi (z wyłączeniem dostaw).

W opinii Odwołującego - wyjątek ten od zasady ogólnej nie ziścił się w przywoływanym, wcześniejszym postępowaniu, zatem w obecnym postępowaniu Zamawiający nie ma prawa wyciągać niekorzystnych względem Odwołującego konsekwencji, za zachowanie, które jest wprost zgodne z ogólnymi zasadami podwykonawstwa podczas realizacji zamówień publicznych.

Zarzucił, że w informacji o wykluczeniu brak jest argumentacji i przytoczenia dowodów, że rezygnacja z dostępu do doświadczenia podwykonawcy MERA SYSTEMY Sp. z o. o. spowodowała, że wykonawca nie posiadając doświadczenia w wykonaniu systemu biletu elektronicznego podjął próbę jego samodzielnego wykonania co miało wpływ na jakość przedstawionego do odbioru przedmiotu umowy i występujące w nim liczne wady sprawiające, że system nie działał.

Według Odwołującego - zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty w tym zakresie zawiera jedynie subiektywne odczucia Zamawiającego.

Niezrozumiałe i nielogiczne dla Odwołującego jest stanowisko Zamawiającego w którym z jednej strony twierdzi, że Odwołujący odpowiada za nienależyte wykonanie umowy, a z drugiej strony: „Odmowa odbioru zamówienia przez zamawiającego oznacza, że twierdzenia wykonawcy o wykonaniu systemu biletu elektronicznego dla Gminy Nowa Sól -

Miasto jest co najmniej przedwczesne”.

Parafrazując Zamawiającego wskazał, że dopóki między stronami toczy się spór i obiektywne rozstrzygnięcie, czy świadczenie zostało wykonane przez wykonawcę jeszcze nie zapadło, oświadczenie Zamawiającego zawarte w informacji o wykluczeniu z dnia 12 czerwca 2019r. o niewykonaniu systemu biletu elektronicznego ma jedynie charakter jednostronnej subiektywnej oceny Zamawiającego co do sposobu realizacji tego zamówienia i jest co najmniej przedwczesne.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie złożył żadnych dowodów określających, że wykazane zamówienie pn. „Dostawa, zainstalowanie i wdrożenie systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską w Nowosolskim subobszarze Funkcjonalnym” nie zostało wykonane należycie.

Przypomniał, że to Odwołujący wytoczył proces i domaga się powołania biegłego, zaś Zamawiający wciąż grozi zniszczeniem dowodów, aby uniemożliwić przeprowadzenie rzetelnej opinii przez biegłego.

Zdaniem Odwołującego - subiektywne są twierdzenia Zamawiającego, że przedmiot umowy był niezdatny do użytkowania i nie spełniał wszystkich wymagań określonych w umowie, a także nie mógł być odebrany z powodu przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W przekonaniu Odwołującego - to biegły oceni, czy wystąpiło owych pięć podstaw z oświadczenia o odstąpieniu od umowy, zaś Sąd rozstrzygnie kto i w jakim stopniu odpowiada za poszczególne błędy czy wady.

W opinii Odwołującego - autorytarne narzucanie subiektywnego i nieobiektywnego poglądu Zamawiającego, nie może dziś przesądzać o obecności Odwołującego na rynku zamówień publicznych, który z uwagi na przedmiot działalności Odwołującego, jest jego jedynym rynkiem zbytu (podmioty prywatne nie dokonują zakupów systemu sprzedaży i rejestracji biletów elektronicznych).

Zwrócił uwagę, że przykład tego Zamawiającego, świadczy o tym, że konkurencja sprowadza się do 2-3 podmiotów. Wyeliminowanie jednego z nich jest skutecznym wsparciem dla wypaczania konkurencyjności w przyszłych postępowaniach.

Dalej, Odwołujący odniósł się do stwierdzenia Zamawiającego o wystąpieniu przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych tj. że

wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W związku z nim wskazał, że to po której stronie leżały przyczyny, wina za brak odbioru systemu, będzie rozstrzygnięte w sądzie, jak też stopień niewykonania obowiązków przez Zamawiającego i jego brak profesjonalizmu na etapie realizacji zamówienia przy współpracy z Odwołującym.

W zakresie zarzutu ewentualnego braku ponownego zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stwierdził, że nie jest prawdą, że wykonawca nie skorzystał z dobrodziejstwa tego przepisu. Jeżeli dla zamawiającego z jakichś powodów procedura samooczyszczenia złożona Zamawiającemu jest niewystarczająca, to żaden przepis ustawy Pzp, nie zabrania dopytać wykonawcę na tę okoliczność, czy kontynuowania procedury.

Oświadczył również, że nie sposób ani skomentować ani odnieść się do twierdzenia Zamawiającego: „Opisane działania należy również ocenić jako antyrynkowe działania wykonawcy naruszające zasady uczciwej konkurencji”.

Zdaniem Odwołującego - wadliwe działanie systemu, było wywołane w całości przyczynami leżącymi po stronie Zamawiającego, wręcz z winy Zamawiającego, który nie był przygotowany do realizacji zamówienia, i który nie chciał nawet w stopniu elementarnym współpracować z wykonawcą, przede wszystkim dostosować swoje urządzenia i infrastrukturę, od których zależne jest prawidłowe funkcjonowanie systemu e-biletu, do poziomu gwarantującego osiągnięcie zakładanych funkcjonalności przez system.

Z uwagi na fakt, że coraz częściej dochodzi do sytuacji, w której nierzetelni Zamawiający odstępują od umowy, powołując się na fikcyjne przyczyny leżące po stronie wykonawcy, oraz coraz częściej pojawiają się w przetargach publicznych fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 ustawy Pzp, Odwołujący wnosil pod rozwagę Izby możliwość wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącym wykładni przepisu art. 57 ust. 4 lit. c) i g) Dyrektywy Klasycznej, tj. czy zamawiający są uprawnieni do wykluczania wykonawcy na tej podstawie w przypadku, gdy okoliczności te są sporne między wykonawcą a odnośnym zamawiającym, a spór ten jest lub w najbliższym czasie zostanie poddany pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego?

Wniosek ten Odwołujący uzasadniał tym, że dla wielu przedsiębiorców rynek publiczny jest znaczącym rynkiem zbytu, a dla przedsiębiorców którzy dostarczają systemy dynamicznej informacji pasażerskiej czy lodowiska, rynek ten jest jedynym rynkiem zbytu.

Poleganie na jednostronnych oświadczeniach zamawiających o legalności danego odstąpienia, w sytuacji gdy zamawiający tak często nadużywają swojej dominującej pozycji nie będąc jednocześnie specjalistami w tak wąskiej dziedzinie jak systemy telematyczne, w tym płatnicze, które wymagają obszernej głębokiej wiedzy z zakresu elektroniki, informatyki i telekomunikacji, byłoby skrajnie obciążające dla uczciwych wykonawców, a dla przedsiębiorców których jedynym rynkiem zbytu jest rynek publicznych, takie nieuczciwe działanie zamawiającego przesądza faktycznie o eliminacji danego podmiotu z rynku zamówień publicznych, gdyż spory w sądach powszechnych trwają latami.

Odwołujący zauważył, że przykład niniejszego postępowania oraz okoliczność, że jedynie dwóch wykonawców złożyło i w poprzednim i w bieżącym postępowaniu ofertę Zamawiającemu, a w pierwszym postępowaniu nie została złożona żadna oferta, zaś w drugim tylko i wyłącznie oferta Odwołującego, potwierdza jak bardzo hermetyczny jest to rynek i jak łatwo w ten sposób można by eliminować konkurencję na tym rynku, zapewniając sobie pozycję dominującą lub wręcz monopol.

Zdaniem Odwołującego - do czasu rozstrzygnięcia sporu przez sąd powszechny, Zamawiający nie ma prawa kwestionować okoliczności, iż Odwołujący należycie wykonał przedmiotową umowę.

Według Odwołującego - udowodnił on należyte wykonanie zamówienia, więc inne dowody są w tej sytuacji wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Gdyby jednak KIO zechciała obok kompetencji sądu, również rozstrzygać o zasadności podnoszonych przez Zamawiającego pięciu podstaw wskazanych w odstąpieniu od umowy oraz kolejnych kilkunastu wskazanych w wykluczeniu, Odwołujący wnosil o powołanie biegłego z zakresu elektroenergetyki i informatyki na okoliczność weryfikacji:

- czy sporne zakresy zostały wykonane,
- czy jakość wykonania była należyta,
- czy Zamawiający wywiązał się z obowiązku współdziałania z wykonawcą w celu umożliwienia mu realizacji poszczególnych zakresów,
- czy jeżeli wystąpiłyby negatywne wyniki testów, to czy wyniki te są ostateczne czy jedynie pozorne, tj. niemożliwy jest do osiągnięcia wynik zgodny z

zamierzonym z uwagi na brak działania Zamawiającego,

- czy jeżeli wystąpiły negatywne wyniki testów, które biegły uznaje za ostateczne, to czy zakresy te przybrały istotny stopień.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwoływającego (formularza oferty z dnia 30 kwietnia 2019 r.), pisma Zamawiającego wzywającego do złożenia dokumentów z dnia 9 maja 2019 r. na podstawie art.26 ust.2 ustawy Pzp, odpowiedzi Odwoływającego na to wezwanie z dnia 15 maja 2017r., wezwania Odwoływającego z dnia 24 maja 2019 r. przez Zamawiającego w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, odpowiedzi Odwoływającego na to wezwanie z dnia 28 maja 2019 r. wraz z oświadczeniem, pisma Mera Systemy sp. z o.o. z dnia 30 maja 2019r., umowy z dnia 8 marca 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 w związku z art. art.24 ust.1 pkt 12, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwoływającego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, nie wykonania albo nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 7.1.3 SIWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełniają warunki udziału dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej;

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał jedno zamówienie polegające na wykonaniu systemu biletu elektronicznego.

Nadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale 9.3.5 SIWZ określił dokumenty składane na wezwanie zamawiającego, postanawiając, że Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów: w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy – wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ; wykaz oraz oświadczenie należy złożyć w oryginale, dokumenty potwierdzające należyte wykonanie np. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane należy złożyć w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Ustalono również, że w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 9 maja 2019r. stanowiącego wykonanie powyższych postanowień SIWZ Odwołujący przy piśmie z dnia 15 maja 2019r. złożył załącznik nr 5 wykaz wykonanych dostaw(karta 336 dokumentacji Zamawiającego), gdzie wskazał jeden wykonany przedmiot zamówienia w postaci dostawy polegającej na zainstalowaniu i wdrożeniu systemu biletu elektronicznego do pobierania opłat za przejazdy komunikacją miejską w Nowosolskim subObszarze Funkcjonalnym na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający nie uznając za wystarczające powyższego oświadczenia pismem z dnia 24 maja 2019r. wezwał ponownie wykonawcę do złożenia referencji lub innych dowodów na potwierdzenie tego warunku udziału w postępowaniu.

W wyniku powyższego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 28 maja 2019r. oświadczył, że wszelkie obiektywne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie powyższego zadania przedstawił w uzupełnieniu wezwania z dnia 15 maja 2019r.



Z powyższej przyczyny Zamawiający postanowił między innymi na zasadzie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczyć Odwołującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Po przeanalizowaniu powyższego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający dokonał powyższej czynności w granicach obowiązującego prawa.

Zgodnie z art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zdaniem Izby – Odwołujący nie wykazał spełniania warunku rozdziału 7.1.3 SIWZ, bowiem nie udowodnił on wykonania zadeklarowanej dostawy.

Wymaga wskazania, że wyżej wskazane postanowienie rozdziału 9.3.5 SIWZ nakładało na wykonawców obowiązek załączenia dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie.

Według zapatrywania Izby - samo oświadczenie Odwołującego zawarte w złożonym przez niego wykazie nie potwierdzało należytego wykonania umowy.

Stosownie do § 2 ust.4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Wbrew przekonaniu Odwołującego, że sama okoliczność istnienia sporu prawnego pomiędzy nim a zamawiającym przesądza o tym, że nie jest on w stanie uzyskać referencji, nie może być uznana za wystarczającą.

W ocenie Izby - możliwość posłużenia się jednostronnym oświadczeniem o należyтым wykonaniu zamówienia może być uznane za prawnie dopuszczalne jedynie w warunkach odmowy wydania przez Zamawiającego stosownej referencji.

W przekonaniu Izby – Odwołujący nie udowodnił, że nie był w stanie uzyskać tych dokumentów, tym bardziej, że w ogóle nie ubiegał się o uzyskanie stosownych referencji.

Z powyższych przyczyn, Izba przyjęła argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego przy czynności wykluczenia Odwołującego z dnia 12 czerwca 2019r. na zasadzie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, jako znajdującą uzasadnienie prawne.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, jednak nie ono miało wpływu lub mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wymaga zauważenia, że przepis art.192 ust.2 ustawy Pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że w dniu 13 maja 2019r. Odwołujący złożył pozew o zapłatę przeciwko Zamawiającemu do Sądu Okręgowego w Poznaniu, IX Wydział Gospodarczy, sygn. akt IX GC 539/19.

Stosownie do art.24 ust.5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

4)który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Według Izby – Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, na które się powołuje w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z dnia 24 maja 2019r., nie przedstawił również w tym zakresie żadnej odpowiedzi na odwołanie.

Za jedyną uprawdopodobnioną okoliczność można uznać, jedynie brak uczestnictwa podwykonawcy Mera Systemy sp. z o.o. w realizacji wykonania przedmiotu zamówienia z umowy z dnia 8 czerwca 2018r., nr ZP.272.13.2018 w część usługowej dotyczącej integracji z oprogramowaniem Odwołującego.

Bezspornym jest, że powyższe zobowiązanie umowne, które zostało przez Odwołującego zadeklarowane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w przetargu, miało być wykonane między innymi w powyższej części przez powyższego podwykonawcę, co potwierdza także § 2 ust.1 cyt. umowy.

Skutek niewykonania obowiązków umownych, w ocenie Izby – także tego wyżej wskazanego, został opisany między innymi w § 13 ust.2 lit. b tejże umowy, gdzie przewidziane zostało umowne prawo odstąpienia od umowy.

Uwzględniając powyższą sytuację faktyczną – Izba przyjęła, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z przetargu nie wykazał, że powyższe naruszenie obowiązku umownego było zawinione w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa i stanowiło poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Zdaniem Izby – Zamawiający również nie udowodnił w sposób niebudzący wątpliwości, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy.

Ostatecznie, skoro wszystkie okoliczności wynikłe na tle wykonania umowy z dnia 8 czerwca 2018r., nr ZP.272.13.2018 miały charakter sporny, to wydaje się, że również wdrożenie procedury samooczyszczenia na zasadzie art.24 ust.8 ustawy Pzp byłoby przedwcześnie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:.....**