

Sygn. akt: KIO 2107/14

POSTANOWIENIE
z dnia 22 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman

wobec cofnięcia w dniu 21 października 2014r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2014 r. przez **wykonawcę Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Szczęśliwicka 62** przy udziale

- A. **wykonawcy Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2107/14 po stronie odwołującego
- B. **wykonawcy Polixel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Taborowa 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2107/14 po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcę Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5** kwoty 18 000 zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2107/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane tj. zaprojektowanie i wykonanie systemu bezpieczeństwa publicznego na dworcach kolejowych Warszawskiego Węzła Kolejowego (WWK) zostało wszczęte przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Szczęśliwicka 62 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2014r. za numerem 2014/S 188-331032.

Sygn. akt KIO 2107/14

W dniu 10 października 2014r. wobec treści ogłoszenia pisemne odwołanie wniósł wykonawca Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5– dalej odwołujący Maxto. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 października 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością komplementariusza działającego w imieniu odwołującego Maxto ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 10 października 2014r. Odwołujący Maxto zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. żądanie, aby wykonawca wykonał jedno zamówienie (umowę] o wartości co najmniej 10 000 000 PLN brutto [lub równowartość w innych walutach] polegające na wykonaniu / budowie zintegrowanego systemu zabezpieczeń technicznych (elementy aktywne i pasywne) obejmującego wykonanie / budowę sieci KD o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto, wykonanie / budowę sieci CCTV o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 PLN brutto, wykonanie / budowę sieci SSWiN o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto.
2. art 7 ust 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób zgodny z propozycjami odwołującego zawartymi w uzasadnieniu odwołania;
3. nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. Wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i posiadający odpowiednie kwalifikacje i zasoby do jego wykonania, nie jest w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty. Z powyższym wiąże się możliwość poniesienia przez odwołującego szkody, polegającej na braku możliwości osiągnięcia zysku związanego z realizacją zamówienia.

W ocenie odwołującego Maxto zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób naruszający przepisy ustawy.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający, zgodnie z pkt. III.2.3) (kwalifikacje techniczne), ppkt 1. 2) lit a) ppkt. IV ogłoszenia o zamówieniu wymaga, aby wykonawca wykazał się w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 10 000 000 PLN brutto (lub równoważność w innych walutach) polegające na wykonaniu / budowie zintegrowanego systemu zabezpieczeń technicznych (elementy aktywne i pasywne) obejmującego:

- wykonanie/budowę sieci KD o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto,
- wykonanie/budowę sieci CCTV o wartości nie mniejszej niż 6 000 000 PLN brutto,
- wykonanie/budowę sieci SSWiN o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto.

Odwołujący podniósł, iż przedmiotowy warunek w aktualnym brzmieniu w sposób drastyczny ogranicza konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty podmiotom, które posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, a które mają utrudnienia ze złożeniem wniosku w związku ze zbyt zawyżonymi wymaganiami zamawiającego.

Z informacji uzyskanych przez odwołującego Maxto, według jego najlepszej wiedzy nie istnieje na rynku polskim wykonawca, który posiadałby doświadczenie o wartości co najmniej 10 000 000 PLN brutto, obejmujące wykonanie / budowę sieci KD, CCTV i SSWiN o wartościach, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Brak potencjalnych wykonawców jest konsekwencją tego, iż w ostatnich pięciu latach, w których doświadczeniem należy się wykazać nie było realizowanych projektów, na powyżej wskazaną kwotę -10000000 PLN brutto, która tym samym zawierałaby w sobie między innymi wykonanie / budowę sieci CCTV o wartości nie mniejszej niż 6 mln.

Odwołujący Maxto, jako podmiot od lat działający w branży teleinformatycznej i teletechnicznej, mogący się poszczycić realizacją dziesiątek pokrewnych projektów oświadczył, że opisanie warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia przez zamawiającego w drastyczny sposób ogranicza możliwości wzięcia udziału w postępowaniu nie tylko przez odwołującego, lecz warunki te nie są możliwe do spełnienia również przez żadnego z wykonawców działających na polskim rynku.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia, w którego zakres wchodzi zaprojektowanie i budowa centralnie zarządzanego, zintegrowanego systemu bezpieczeństwa na obiektach Warszawskiego Węzła Kolejowego, opis sposobu oceny spełniania warunków nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, został przez zamawiającego zawyżony, nieproporcjonalny w związku z czym zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy zgodnie z którym, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Powyższe stanowisko odwołującego Maxto potwierdza, w jego ocenie, również liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”). Celem przykładu wskazano na wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1656/10 zgodnie z którym: „Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.”

Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego warunku, lub zmianę jego treści w następujący sposób: Jedno zamówienie (umowę) o wartości co najmniej 8 000 000 PLN brutto (lub równowartość w innych walutach) polegające na wykonaniu / budowie systemu zabezpieczeń technicznych (elementy aktywne i pasywne) obejmującego:

- wykonanie/budowę sieci KD o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto,
- wykonanie/budowę sieci CCTV o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto,
- wykonanie/budowę sieci SSWiN o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto."

Zamawiający, przez zbyt wygórowane określenie warunku, ograniczył w dość istotnym zakresie krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, czym naruszył również art 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 13 października 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię oraz zamieszczając treść odwołania na stronie internetowej i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 października 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 134. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający ukształtował postanowienia siwz w sposób sprzeczny z ustawą i w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Zgłaszający przystąpienie może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 października 2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 16 października 2014r.

W dniu 16 października 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Polixel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Taborowa 10. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż sposób oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określony przez zamawiającego może powodować, że zgłaszający nie będzie w stanie złożyć w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu, mimo że posiada wiedzę, doświadczenie i środki pozwalające na wykonanie zamówienia oraz daje rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Wymagania zamawiającego, zdaniem zgłaszającego są nieracjonalnie zawyżone i narażają z zgłaszającego na niemożność uzyskania ewentualnego wynagrodzenia za zamówienie w przypadku złożenia przez zgłaszającego najkorzystniejszej oferty. Wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia w sposób podany przez odwołującego Maxto w odwołaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 kwietnia 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

W dniu 21 października 2014r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania wraz z wnioskiem o zwrot uiszczzonego wpisu. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....