

WYROK

z dnia 19 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **Dimension Data Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Arena Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Arena Gdańsk Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**:
 - unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - wezwać wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie** do złożenia dokumentów określonych w rozdz. V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt A pkt 3 ppkt 1-4, dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca **Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie**
 - wezwać wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna w Olsztynie** do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Arena Gdańsk Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Dimension Data Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od zamawiającego – **Arena Gdańsk Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** – na rzecz **Dimension Data Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Arena Gdańsk Sp. z o.o. w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wybór partnera technologicznego dla Stadionu Energa Gdańsku do eksploatacji systemów teletechnicznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 lipca 2017 roku wykonawca Dimension Data Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 22a, 26 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez brak wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z uwagi na niezłożenie odpowiednich dokumentów (o braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego, na potencjał którego powoływał się wykonawca Sprint S.A., oraz braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Sprint S.A. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej),
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 3, art. 32 ust. 3, art. 41, art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie innych wartości zamówienia, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w trakcie otwarcia ofert i w pisemnej informacji z otwarcia ofert,
3. naruszenie art. 89 ust. 4 w zw. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie wykonawcy Sprint S.A.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania
- b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem zarzutów i argumentów zawartych w niniejszym odwołaniu;
- d) wykluczenie wykonawcy Sprint S.A. z postępowania,
- e) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

ewentualnie – w przypadku stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż wykonawca Sprint S.A. nie podlega wykluczeniu – nakazanie zamawiającemu w ramach powtórnego badania i oceny ofert wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia innych podmiotów, na zasobach których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy P.z.p., złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opublikowania faktycznej informacji z otwarcia ofert, wezwania wykonawcy Sprint S.A. do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w treści odwołania zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., eliminuje szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta znajduje się w rankingu oceny na pozycji następnej za ofertą wykonawcy Sprint S.A., a to oznacza, że posiada on interes w uzyskaniu zamówienia. Mając na uwadze kryteria oceny ofert i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to w przypadku, gdyby oferta odwołującego podlegała ocenie, wówczas to ona zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że w trakcie trwania badania i oceny ofert przez zamawiającego, w dniu 31 maja 2016 złożył wniosek o wgląd w dokumentację postępowania, która została udostępniona dnia 13 czerwca 2016 r., jednakże nie w pełnym zakresie ze względu na trwający proces oceny i badania ofert.

W dniu 23 czerwca 2017 r. po wyborze oferty najkorzystniejszej a zatem po zakończeniu czynności zamawiającego w zakresie badania ofert, odwołujący ponownie złożył wniosek o udostępnienie pełnej dokumentacji przetargowej w szczególności protokołu postępowania, pełnej oferty wykonawcy Sprint S.A., wszystkie wnioski zamawiającego w zakresie wezwania firmy Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, wykazu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw i usług. Pismo to również zawierało wskazanie do zbadania zasadności i skuteczności dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający wyznaczył termin na udostępnienie dokumentacji na dzień 27 czerwca 2017 r.

W dniu 27 czerwca 2017 odwołujący złożył wniosek o odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Sprint S.A wraz ze wszystkimi uzupełnieniami i wyjaśnieniami.

W dniu 27 czerwca 2017 zamawiający udostępnił odwołującemu następujące dokumenty, również objęte klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa:” ofertę wykonawcy Sprint S.A, pismo uzupełniające ofertę, dokumenty uzupełniające do oferty, wezwanie do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia, protokół postępowania wraz z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Sprint S.A z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego, odwołujący podniósł, że w pkt. 5 V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) „Warunki udziału w postępowaniu Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w pkt. A. Podstawy Wykluczenia pkt. 4 zamawiający określił, iż w celu spełnienia przesłanek podstaw wykluczenia wykonawcy „ Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 3 ppkt 1 -4.". Powyższe postanowienia s.i.w.z. odpowiadają wskazaniom przepisu § 9 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. - w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2016, poz. 1126).

W ofercie złożonej przez wykonawcę Sprint S.A. w zakresie wstępnego oświadczenia zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (zwanym dalej „JEDZ”) wykonawca Sprint S.A. wykazał, iż będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV JEDZ i załączył do oferty JEDZ podmiotu trzeciego - firmy Sevenet S.A wraz z zobowiązaniem podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 02.06.2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 22aa oraz art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę Sprint S.A. do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia określonych w pkt. V s.i.w.z. dodatkowo posiłkując się przy tym katalogiem dokumentów jednakże w ujęciu „ katalogu otwartego” używając pojęcia „ w szczególności”.

Wykonawca na wezwanie zamawiającego złożył dokumenty datowane na 12 czerwca 2016 r., niezawierające dokumentów wskazanych w rozdziale pkt. V s.i.w.z. w stosunku do podmiotu na zasobach którego wykonawca Sprint S.A. będzie polegał na wymaganych przez zamawiającego w następującym zakresie:

„ 3. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żąda następujących dokumentów:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;

Dnia 14.06.2017 r. zamawiający na podstawie art. 25 ust. 3 ustawy (podstawa prawna zgodnie z pismem zamawiającego) wezwał wykonawcę Sprint S.A do udzielenia wyjaśnień w zakresie przekazanego w dniu 09.06.2017 r. wykazu wykonanych zamówień potwierdzającego wykazanie spełnienia warunków opisanych w pkt. V.CI s.i.w.z.

Odwołujący, pomijając oczywisty fakt błędnej podstawy prawnej w wezwaniu zamawiającego (prawidłowa podstawa winna być art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy P.z.p.), wskazał, iż zamawiający nie odniósł się w tym wezwaniu ani innym do wykazania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie podmiotów trzecich na potencjał których wykonawca Sprint S.A się powoływał. A zatem czynność zamawiającego w zakresie oceny i badania ofert została przeprowadzona z naruszeniem

ustawy P.z.p. Powyższe braki powodują iż wykonawca Sprint S.A. nie wykazał braku przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy P.z.p., a zatem wykonawca Sprint S.A. podlega wykluczeniu na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ewentualnie z ostrożności procesowej, zamawiający powinien dokonać powtórnego badania i oceny ofert i wezwania wykonawcy Sprint S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia innych podmiotów na zasobach których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a Ustawy. ^

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, odwołujący podniósł, że w pkt. 5 s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu, Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w pkt. C. Zdolność techniczna lub zawodowa ppkt. b) Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się m.in., że należycie wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł netto, polegające na dostawie, wdrożeniu oraz świadczeniu usług utrzymania systemów BMS.

Wykonawca Sprint S.A. na wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy załączył wykaz zamówień, z którego wynika, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku dla wymagania b) wykonał usługę polegającą na dostawie, wdrożeniu oraz świadczeniu usług utrzymania systemów BMS dla Gminy Miasta Gdańsk w ramach projektu „Wykonanie instalacji teletechnicznej w Europejskim Centrum Solidarności w Gdańsku na kwotę 6 500 000 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożył dokument wystawiony przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Sp. z o.o., wskazujący iż wykonawca Sprint S.A. był podwykonawcą Głównego Wykonawcy firmy Polimex - Mostostal S.A. w ramach której wykonał instalację teletechniczną. Z dokumentu tego wynika, iż zakres prac realizowany przez firmę Sprint obejmował instalacje i systemy pkt. 7 „ Instalacja automatyki systemu zarządzania i nadzoru (BMS). Dokument ten nie wskazuje natomiast, iż w ramach zamówienia zleconego firmie Sprint 5.A., firma ta świadczyła usługi utrzymania tego systemu.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Sprint S.A. na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy załączył wykaz zamówień, z którego wynika, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku również dla wymagania b) wykonał usługę polegającą na dostawie, wdrożeniu oraz świadczeniu usług utrzymania systemów BMS dla Kujawsko Pomorskiej Sieci Informacyjnej Sp. z o.o. w ramach projektu Budowa szerokopasmowej

infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożył dokument wystawiony przez Kujawsko Pomorską Sieć Informacyjną Sp. z o.o, wskazujący iż wykonawca Sprint S.A. zrealizował zamówienie. Jak wynika z tego dokumentu w ramach projektu „wykonano remont i modernizację pomieszczeń na potrzeby budowy centrum zarządzania i monitorowania sieci - serwerowni CPD oraz akumulatorowni w budynku K-PSI w Toruniu. Serwerownię CPD wyposażono w system zasilania gwarantowanego UPS wraz z bateriami akumulatorów, system klimatyzacji i wentylacji, system sygnalizacji pożaru, system gaszenia gazem, system kontroli dostępu, monitoring CCTV, system sygnalizacji włamania i napadu, system monitoringu BMS, szafy serwerowe, szafę krosową, system okablowania strukturalnego serwerowni (światłowodowe i miedziane), rozdzielnicę główną systemu zasilania wraz z SZR Serwerownia została zasilona z dwóch niezależnych przyłączy energetycznych W serwerowni Sprint zainstalował i uruchomił centralny system zarządzania siecią dostępową NMS (CORE LTE) oraz system zarządzania radiową siecią transportową".

Odwołujący wskazał, że jednym z dokumentów opisujących wymagania zamawiającego w ramach tego projektu jest Opis przedmiotu Zamówienia. Z tegoż dokumentu m.in. str. 80 wynika iż wykonawca ma „zakupić i wyposażyć poszczególne stacje bazowe (kontenery) w infrastrukturę aktywną zgodną z poniższymi wymaganiami :

1. Wyposażenie kontenera w infrastrukturę aktywną (...):

- System monitorowania warunków środowiskowych (temperatura, wilgotność) - po dwa czujniki dla każdego parametru. Urządzenie wyposażone w interfejs Ethernet do zdalnego zarządzania i monitorowania.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z definicją jednego z największych producentów systemów BMS firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. (system BMS oparty na rozwiązaniu Schneider Electric znajduje się również na Stadionie Energa Gdańsk) to system zarządzania budynkiem. Firma Schneider Electric Polska Sp z o.o. określa, „iż TAC Vista to system zarządzania budynkami, który umożliwia monitorowanie i sterowanie ogrzewaniem, wentylacją, klimatyzacją, oświetleniem, kontrola dostępu i innymi systemami bezpieczeństwa w jednym lub wielu budynkach. Oparty na protokole otwartym LonWorks, jest jednym z najlepiej skalowalnych i przyjaznych technologii informatycznej systemów stosowanych na rynku. Umożliwia budowę rozwiązań dla zastosowań dowolnej wielkości. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla projektu Budowa szerokopasmowej infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego oraz z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie nie wynika, iż w ramach tych prac były realizowane usługi zarówno

dostawy, wdrożenia i utrzymania systemów BMS, tylko systemu monitorowania i to wyłącznie w zakresie temperatury i wilgotności.

Odwołujący podniósł, że w pkt. 5 s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu, Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w pkt. C. Zdolność techniczna lub zawodowa ppkt. c) Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się m.in., że należycie wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwa zamówienie na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 PLN netto polegające na dostawie i wdrożeniu teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się co najmniej z systemów SKD, SSP i DSO.

Wykonawca Sprint S.A. na wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. załączył wykaz zamówień, z którego wynika, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku dla wymagania c) wykonał usługę polegającą na dostawie i wdrożeniu teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się z systemów SKD, SSP i DSO dla Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A. w ramach projektu „Zaprojektowanie i budowa Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja Kolei Kokoszkowskiej na kwotę ponad 20 000 000 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożył dokument wystawiony przez Pomorską Kolej Metropolitalną S.A., wskazujący iż wykonawca Sprint S.A. był podwykonawcą Głównego Wykonawcy firmy Budimex S.A. i wykonał projekt, dostawę, uruchomienie, szkolenia systemów.

Pismem z dnia 14.06.2017 r. zamawiający wezwał wykonawcę Sprint S.A do wskazania kwoty, która dotyczyła zrealizowanej części w zakresie dostawy i wdrożenia teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się co najmniej z systemów SKD, SSP i DSO. Wykonawca Sprint S.A. dnia 20 czerwca 2017 r. na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, iż wartość realizowanej przez niego części projektu polegającej na dostawie i wdrożeniu teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się z systemów SKD, SSP i DSO dla Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A. wynosiła 2 472 000 zł.

Odwołujący podniósł, iż projekt „Zaprojektowanie i budowa Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja Kolei Kokoszkowskiej” realizowany był w reżimie zamówień publicznych w związku z tym na podstawie art. 2 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej w powiązaniu z art. 96 ust. 3 Ustawy uzyskał potwierdzenie z Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A., iż wbrew twierdzeniom wykonawcy Sprint S.A, wartość kwoty wskazana w wyjaśnieniach wykonawcy Sprint S.A. z dnia 20 czerwca 2017 r. mija się z prawdą i zawiera nieprawdziwe informacje.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2017 roku odwołujący cofnął powyższy zarzut w zakresie usługi wykonywanej dla Pomorskiej Kolei Metropolitalnej S.A. oraz dla Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady przejrzystości prowadzenia postępowania poprzez wskazanie różnych wartości, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w dniu otwarcia ofert i w informacji z otwarcia ofert opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego, odwołujący wskazał, że w dniu 29 maja 2017 r. w siedzibie zamawiającego, zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 7 086 737, 37 netto, jednocześnie nie wskazując, iż kwota ta zawiera zamówienia określone w art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p. Informacja z otwarcia ofert datowana na dzień 29.05.2017 r. zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego pkt. 2 zawierała natomiast odmienną informację wskazującą, iż „ Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 7 263 905,81 zł brutto, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 61 pkt. 7 Pzp wynosi 8 716 686,97 zł brutto”. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 41 ustawy P.z.p, ustawa P.z.p. nakłada obowiązek treści minimalnej co do zakresu informacji, jaki musi znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu. Informacje zawarte w ogłoszeniu powinny być na tyle sprecyzowane, aby wykonawca po ich analizie mógł podjąć decyzję o tym, czy będzie uczestniczył w postępowaniu a także jakie informacje ma wziąć pod uwagę przy przygotowaniu oferty. Pkt 15 art. 41 ustawy P.z.p. wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający jest zobligowany do wskazania w ogłoszeniu czy przewiduje zamówienia określone w art. 67 ust. 1 pkt. 6 i 7. Zarówno w ogłoszeniu jak i w s.i.w.z. ogłoszonym w niniejszym postępowaniu zamawiający nie wykazał, iż przewiduje ten rodzaj zamówienia.

Odwołujący wskazał, że kolejnym dowodem naruszenia zasad przejrzystości jest przekazany odwołującemu protokół szacowania wartości datowany na dzień 02.03.2016 złożony z dwóch stron. Szacowana wartość zamówienia wskazana na stronie pierwszej protokołu zawierająca tabelę nie wskazuje, iż zamawiający przewiduje zamówienia określonego w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. Zgodnie z art. 32 ust. 3 „ Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość tych zamówień”. Strona druga tego dokumentu (Odwołujący nadmienia iż nie zostały one ponumerowane ani parafowane) zawiera natomiast informacje, że zamawiający przewiduje zamówienia „uzupełniające określone w art. 67 ust. 1 pkt. 6 i 7 Pzp a tabela kursu wyliczenia w EUR i USD datowana jest na dzień 01.03.2017 r. A zatem przy takich niejasnościach trudno stwierdzić, kiedy zamawiający zdecydował się, iż zamówienie będzie zawierało zamówienia określone w art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przekazany protokół postępowania jest na druku nieaktualnym, gdyż w dniu 28 lipca 2016 r. weszło w życie nowe rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a Zamawiający stosuje w dalszym ciągu druk z 2010 r.

Odwołujący na potwierdzenie zarzutu naruszenia zasady przejrzystości wniósł o powołanie następujących świadków będących na otwarciu ofert: T.N. - Trias S.A., C.C. - CVM sp. z o.o., A.B. - Sprint S.A., K.K. - Arena Gdańsk, W.O. - Arena Gdańsk, A.T.-Arena Gdańsk

Odwołujący podniósł, iż zasadne jest stwierdzenie, iż dokumentacja postępowania jest niespójna i narusza zasadę przejrzystości w szczególności w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz czy przewidział wcześniej zamówienia określone a art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p. Tym samym zasada przejrzystości, która ma zapewnić zasadę konkurencyjność wszystkim zainteresowanym wykonawcom i dająca możliwość kontroli prawidłowości działań zamawiającego, została naruszona.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady wyjaśnienia dotyczącej ceny wskazanej w ofercie wykonawcy Sprint S.A., odwołujący wskazał, że względem kwoty podanej w dniu otwarcia ofert, czyli 7 086 737,37 netto, cena oferty wykonawcy Sprint S.A. wynosząca brutto 5 988 753,54 zł powinna zostać uznana przez zamawiającego jako oferta zawierająca cenę rażącą a wykonawca Sprint S.A. wezwany do złożenia wyjaśnień. Odwołujący odnosząc się oczywiście do kwoty podanej przez zamawiającego w dniu otwarcia ofert wskazał, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Sprint S.A jest niższa o 33%. Zatem daje to podstawy a wręcz obowiązek (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p.), aby zamawiający wezwał wykonawcę Sprint S.A. w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z opinią opublikowaną na stronach UZP „W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia,

które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)" z. Jak wynika z w/w opinii Zamawiający ma również prawo zbadania cena oferty w każdej innej sytuacji, w której cena budzi jego wątpliwość.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 lipca 2017 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego i kosztów stawiennictwa na rozprawie, zgodnie ze złożonym na rozprawie spisem kosztów.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ cena, jaką zaoferował za jego wykonanie, znacząco przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i oferta odwołującego nigdy nie doprowadzi do udzielenia mu zamówienia w tym postępowaniu, gdyż w przypadku, gdy nie zostanie udzielone zamówienie uczestnikowi Sprint S.A. niniejsze postępowanie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Powyższe uzasadnia także brak występowania po stronie odwołującego spełnienia drugiej przesłanki legitymującej do składania środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., gdyż odwołujący nie ma możliwości wykazania w takiej sytuacji, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zamawiający stwierdził w odniesieniu do zarzutów zawartych w odwołaniu że odwołujący dość dowolnie używa numerów jednostek redakcyjnych ustawy P.z.p., ale w żaden sposób nie wyjaśnia, na czym szczegółowo miałyby polegać niezgodnie z tymi przepisami zachowania zamawiającego ani też nie przedstawia jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich tez.

Zamawiający wskazał, że w ciągu (dość przypadkowo) zestawionych w zarzucie nr 1 przepisów ustawy P.z.p., wskazano między innymi na art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. W istocie może on dotyczyć zachowań zamawiającego, ale jest co najmniej przedwczesny, gdyż norma ta nakazuje zamawiającemu przed udzieleniem zamówienia wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. W ocenie zamawiającego nie ma wątpliwości, że zamówienia dotychczas nie udzielono, nie ma więc możliwości oceny zachowania zamawiającego w świetle powyższej normy. W pozostałym zakresie twierdzenia

odwołującego co do braku spełniania przez wykonawcę Sprint SA warunków udziału w postępowaniu są gołosłowne i niepoparte jakimikolwiek dowodami.

Zamawiający stwierdził, że w odwołaniu znajdują się ponadto zarzuty, opisujące czynności zamawiającego irrelevantne dla wyniku postępowania, które jako takie nie mogą prowadzić do uwzględnienia odwołania. Nie ma bowiem dla wyniku postępowania jakiegokolwiek znaczenia okoliczność, czy po otwarciu ofert zamawiający posłużył się wartością netto zamówienia z uwzględnieniem zamówień uzupełniających, czy jakąkolwiek inną wartością zamówienia wskazaną lub nie w pisemnej informacji z otwarcia ofert.

Zamawiający podniósł, że w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów nakazujących zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący pomieszał obowiązki zamawiającego z jego uprawnieniami. W istocie zamawiający ma prawo domagać się w uzasadnionych okolicznościach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny także w sytuacji, gdy nie są spełnione przesłanki zobowiązujące zamawiających do domagania się takich wyjaśnień wskazane w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p. Ewentualne domaganie się przez zamawiającego wyjaśnień pozostaje w sferze jego uprawnień a nie obowiązków, których naruszenie mogłoby być przyczyną uwzględnienia odwołania. Cytowane w odwołaniu orzecznictwo i literatura, odnosi się do wyłącznie uprawnień zamawiających w zakresie rażąco niskiej ceny, co czyni także i ten zarzut bezzasadnym.

W ocenie zamawiającego, skoro żaden ze wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy odnoszących się do czynności zamawiającego nie został naruszony, odwołanie powinno zostać w całości oddalone.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie wykazał naruszenia wymienionych przepisów nie wskazał bowiem na czym konkretnie one polegają, tzn. jaka konkretna norma prawa została naruszona i w jaki sposób.

Sprint SA w Olsztynie (przystępujący) w piśmie procesowym z dnia 17 lipca 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego wskazał, że zareagował na wezwanie zamawiającego zgodnie z jego literalną treścią i dołączył wyłącznie dokumenty źródłowe dotyczące jego organizacji, a nie podmiotu, na którego zasoby się powoływał.

Przystępujący podniósł, że nawet w przypadku stwierdzenia po stronie zamawiającego zarzucanego w odwołaniu uchybienia, przedmiotowe zaniechanie nie miało

żadnego wpływu na rozstrzygnięcie postępowania i wybór oferty Sprint S.A. jako najkorzystniejszej. Na potwierdzenie tej okoliczności przystępujący przedłożył zaświadczenia o niekaralności Sevenet S.A., członków jego organów, jak również stosowne zaświadczenia z US i ZUS oraz KRS, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu dot. zaniechania wykluczenia Sprint S.A. pomimo niewykazania przez nią warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, przystępujący podniósł, że przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny w odniesieniu do wszystkich trzech referencji.

W zakresie wymogu wykonania usługi dostawy, wdrożenia oraz świadczenia usług utrzymania systemu BMS przystępujący stwierdził, że powoływał się na doświadczenie zdobyte w ramach wykonania umowy z Polimex - Mostostal S.A. w ramach budowy Europejskiego Centrum Solidarności. Twierdzenie odwołującego, jakoby ECS przekazał mu informację, że Sprint S.A. nie realizuje usługi utrzymania systemu BMS jest całkowicie gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Z informacji, jakimi dysponuje przystępujący, ECS nie przedstawił odwołującemu potwierdzenia okoliczności, na które powołuje się on w odwołaniu. Co więcej - żadne zapytanie w tym zakresie nie wpłynęło do ECS. Na marginesie wskazania wymaga, że instytucja ta byłaby niewłaściwym adresatem takowego pytania. Wiedzę na temat zakresu umowy Sprint S.A. i Polimex - Mostostal S.A. posiadają jej strony i inwestor projektu ECS - Gdańskie Inwestycje Komunalne Sp. z o.o. Informacji takich nie będzie posiadał operator obiektu, który objął go w zarząd po zakończeniu prac. Co więcej - Europejskie Centrum Solidarności nie odpowiada pod względem operacyjnym za zarządzanie budynkiem Centrum. Usługi te zostały bowiem zlecone Agis Nieruchomości Agnieszka Kamińska, która nadzoruje wszystkie firmy konserwujące. Ww. administrator pozostaje partnerem Sprint S.A. w ramach wykonywanych przez nią usług utrzymania systemu BMS.

Odnosnie do analogicznego zarzutu co do referencji wystawionej przez Kujawsko - Pomorską Sieć Informacyjną Sp. z o.o. przystępujący podniósł, że odwołujący opiera się na wybiórczo traktowanych materiałach źródłowych, spośród których prezentuje wyłącznie te, które potwierdzają jego tezy. Nieprawdą jest, jakoby system BMS obejmował obligatoryjnie elementy umożliwiające, jak to podnosi odwołujący, monitoring, sterowanie ogrzewaniem, wentylacją, klimatyzacją, oświetleniem, kontrolę dostępu i innymi systemami bezpieczeństwa. Przytoczona w odwołaniu definicja stanowi jedynie materiał informacyjno - promocyjny osoby trzeciej: Schneider Electric Polska Sp. z o.o. W istocie BMS to system zarządzania systemami automatycznego sterowania. Jego zadaniem jest integrowanie

instalacji występujących na obiekcie. Spaja on wszystkie systemy w jedną całość, która pozwala efektywnie i w sposób oszczędny zarządzać całym obiektem z jednego miejsca. System BMS kontroluje parametry pracy poszczególnych urządzeń, informuje o problemach i awariach. System udostępnia zazwyczaj interfejs graficzny, który w czytelny sposób pozwala na podgląd parametrów pracy oraz zmianę wartości nastawionych. Przedmiotowa definicja nie obejmuje zatem minimalnej, czy też typowej specyfikacji systemów, jakie muszą podlegać integracji, aby w ogóle można było mówić o istnieniu systemu BMS. W źródłach branżowych podnosi się, iż BMS to scentralizowany układ odpowiedzialny za integrację, nadzór i usprawnianie wszystkich autonomicznych systemów w budynku; mówiąc potocznie centrum dowodzenia obiektem. Innymi słowy, o tym jakie systemy i funkcjonalności wchodzi w zakres BMS, decyduje każdorazowo, w zależności od swych potrzeb, inwestor. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie sformułował żadnych wymogów dot. specyfikacji i konfiguracji BMS, uznając, że doświadczenie w ramach wykonania takiego systemu (niezależnie od specyfikacji) daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu umowy. Działanie takie było słuszne i zgodne z prawem. W przeciwnym wypadku doszłoby bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie podmiotów z adekwatnym doświadczeniem z możliwości udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu nieadekwatności doświadczenia zdobytego przez Sprint S.A. w ramach zrealizowanej w ramach umowy nr 161/2D2O/2014 z dnia 24.01.2014 zawartej z firmą Budimex S.A. dotyczącej projektu pn: „Zaprojektowanie i budowa Pomorskiej kolei Metropolitalnej Etap 1 - rewitalizacja Kolei Kokoszkowskiej”, przystępujący wskazał, że odwołujący kolejny raz powołuje się na informacje uzyskane rzekomo od zamawiającego w ramach danego zamówienia publicznego, nie przedstawiając na tą okoliczność żadnych dowodów, nie wspominając nawet o treści tejsze informacji. Zgodnie z wiedzą przystępującego, takowe zapytanie nie zostało złożone, a zatem odwołujący nie mógł uzyskać żadnej wiążącej odpowiedzi. PKM S.A. nie była stroną wykonywanej przez Sprint S.A. jako podwykonawcy umowy i nie dysponuje informacjami na temat szczegółowej wartości zrealizowanych przez przystępującego prac. Wiedzę na ten temat ma wyłącznie Budimex SA, która potwierdziła wartość zakresu prac polegające na dostawie i wdrożeniu teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się co najmniej z systemów SKD, SSP i DSO, wykonanych przez Sprint S.A. na kwotę 2.472.000 PLN netto. Przedmiotowy wymóg uznać zatem należy za spełniony.

W zakresie zarzutu naruszenia zasady przejrzystości prowadzenia postępowania poprzez wskazanie różnych wartości, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przystępujący stwierdził, że zarzut ten jest kuriozalny. Podczas czynności otwarcia ofert zamawiający wskazał łączną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia w wysokości 7 086 737,37 zł netto, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że wiedza o tychże zamówieniach, jaką powziął w tej dacie, w jakikolwiek sposób zmodyfikowałaby warunki, jakie uprzednio zaoferował. Zakładając, że oferta odwołującego dotyczy wyłącznie podstawowego zakresu umowy i została skalkulowana w sposób rzetelny, iż warunki finansowe Dimension Data Polska Sp. z o.o. w każdym wypadku (zarówno ujęcia w ramach przedmiotu zamówienia wartości zamówień uzupełniających, jak również wyłącznie w odniesieniu do podstawowego zakresu zamówienia) przekraczała budżet zamawiającego, w kontekście czego nie ma on interesu w podniesieniu ww. zarzutu.

W zakresie zarzutu naruszenia zasady wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie Sprint S.A., przystępujący wskazał, że mając na uwadze okoliczności wskazane w punkcie 3 powyżej, w tym podanie wartości zamówienia w kwocie 7.086.737,37 zł netto, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających, zarzut odwołującego należy uznać za chybiony. W kontekście prawidłowej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 7.263.905,81 zł brutto, brak jest podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1a punkt 1 ustawy P.z.p. Odwołujący nie wykazał ponadto, że w sprawie zachodzą przesłanki fakultatywnego wezwania do wyjaśnienia ceny, pozostając przy wskazaniu, że zamawiający mógł to zrobić. Odwołanie nie wskazuje żadnych twierdzeń odnośnie do tego, w jakim zakresie cena Sprint S.A. miałyby być rażąco niska, co przesądza o konieczności oddalenia tego zarzutu.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu złożono 2 oferty:

- przystępujący – z ceną 5.899.753,54 zł brutto
- odwołujący – z ceną 9.318.700,93 zł brutto

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 7.086.737,37 zł netto.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie poinformował o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

W pkt. 5 V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) „Warunki udziału w postępowaniu Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w pkt. A. Podstawy Wykluczenia pkt. 4 zamawiający określił, iż w celu spełnienia przesłanek podstaw wykluczenia wykonawcy „ Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 3 ppkt 1 -4.”, tj.

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

4) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;

W ofercie złożonej przez wykonawcę Sprint S.A. w zakresie wstępnego oświadczenia zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia wykonawca Sprint S.A. wykazał, iż będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV JEDZ i załączył do oferty JEDZ podmiotu trzeciego - firmy Sevenet S.A wraz z zobowiązaniem podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 02.06.2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 22aa oraz art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę Sprint S.A. do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia określonych w pkt. V s.i.w.z. dodatkowo

posiłkując się przy tym katalogiem dokumentów jednakże w ujęciu „katalogu otwartego” używając pojęcia „w szczególności”.

Przystępujący na wezwanie zamawiającego złożył dokumenty datowane na 12 czerwca 2016 r. dotyczącego jego samego. Przystępujący nie złożył dokumentów wskazanych w rozdziale pkt. V s.i.w.z. w stosunku do podmiotu na zasobach którego wykonawca Sprint S.A. będzie polegał.

W pkt. 5 s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu, Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” w pkt. C. Zdolność techniczna lub zawodowa ppkt b, zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się m.in., że należycie wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł netto, polegające na dostawie, wdrożeniu oraz świadczeniu usług utrzymania systemów BMS.

Wykonawca Sprint S.A. na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. załączył wykaz zamówień, z którego wynika, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku dla wymagania b) wykonał usługę polegającą na dostawie, wdrożeniu oraz świadczeniu usług utrzymania systemów BMS dla Kujawsko Pomorskiej Sieci Informacyjnej Sp. z o.o. w ramach projektu Budowa szerokopasmowej infrastruktury radiowej sieci dostępowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla województwa kujawsko-pomorskiego. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożył dokument wystawiony przez Kujawsko – Pomorską Sieć Informacyjną Sp. z o.o, wskazujący iż wykonawca Sprint S.A. zrealizował zamówienie. Jak wynika z tego dokumentu, w ramach projektu „wykonano remont i modernizację pomieszczeń na potrzeby budowy centrum zarządzania i monitorowania sieci - serwerowni CPD oraz akumulatorowni w budynku K-PSI w Toruniu. Serwerownię CPD wyposażono w system zasilania gwarantowanego UPS wraz z bateriami akumulatorów, system klimatyzacji i wentylacji, system sygnalizacji pożaru, system gaszenia gazem, system kontroli dostępu, monitoring CCTV, system sygnalizacji włamania i napadu, system monitoringu BMS, szafy serwerowe, szafę krosową, system okablowania strukturalnego serwerowni (światłowodowe i miedziane), rozdzielnicę główną systemu zasilania wraz z SZR. Serwerownia została zasilona z dwóch niezależnych przyłączy energetycznych W serwerowni Sprint zainstalował i uruchomił centralny system zarządzania siecią dostępową NMS (CORE LTE) oraz system zarządzania radiową siecią transportową”.

W trakcie trwania badania i oceny ofert przez zamawiającego, w dniu 31 maja 2016 złożył wniosek o wgląd w dokumentację postępowania, która została udostępniona dnia 13

czerwca 2016 r., jednakże nie w pełnym zakresie ze względu na trwający proces oceny i badania ofert.

W dniu 23 czerwca 2017 roku zamawiający poinformował w wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

W dniu 23 czerwca 2017 r., po wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący ponownie złożył wniosek o udostępnienie pełnej dokumentacji przetargowej w szczególności protokołu postępowania, pełnej oferty wykonawcy Sprint S.A., wszystkie wnioski zamawiającego w zakresie wezwania firmy Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień i uzupełnień, wykazu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw i usług. Pismo to również zawierało wskazanie do zbadania zasadności i skuteczności dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający wyznaczył termin na udostępnienie dokumentacji na dzień 27 czerwca 2017 r.

W dniu 27 czerwca 2017 roku odwołujący złożył wniosek o odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Sprint S.A wraz ze wszystkimi uzupełnieniami i wyjaśnieniami.

W dniu 27 czerwca 2017 roku zamawiający udostępnił odwołującemu następujące dokumenty, również objęte klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa”: ofertę wykonawcy Sprint S.A, pismo uzupełniające ofertę, dokumenty uzupełniające do oferty, wezwanie do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia, protokół postępowania wraz z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia.

Podczas czynności otwarcia ofert zamawiający wskazał łączną kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 7.086.737,37 zł netto, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających. Na stronie internetowej w dniu 29 maja 2017 roku zamawiający zamieścił informację, z której wynika, iż kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 7.263.905,81 zł brutto, z uwzględnieniem zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. wynosi 8.716.686,97 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w rozdz. V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt A pkt 3 ppkt 1-4, dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach lub sytuacji polega przystępujący oraz w zakresie zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania są bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż cena jego oferty przekracza cenę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia i w przypadku, gdy nie zostanie udzielone zamówienie przystępującemu, postępowanie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p, Izba podkreśla, że z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, iż dążenie do unieważnienia postępowania może uzasadniać wniesienie odwołania. W wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Trybunał stwierdził, że gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, to każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazał Trybunał - powyższy interes w uzyskaniu zamówienia może przejawiać się również w ten sposób, iż jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w takim nowym postępowaniu udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 22a, 26 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewłaściwe przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert i zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia odpowiednich dokumentów o braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego, na potencjał którego powoływał się przystępujący.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że odwołujący w *petitum* odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie wskazanych wyżej przepisów oraz przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie złożył dokumentów, dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołał. Odwołujący zgłosił w tym zakresie żądanie wykluczenia przystępującego bądź - ewentualnie – w przypadku stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż wykonawca Sprint S.A. nie podlega wykluczeniu – nakazanie zamawiającemu w ramach powtórnego badania i oceny ofert wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw

wykluczenia innych podmiotów, na zasobach których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy P.z.p., złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ocenie Izby odwołujący zasadnie uznał, iż zamawiający dokonał oceny oferty przystępującego w sposób wadliwy, jednakże zarzut zaniechania wykluczenia należy uznać za co najmniej przedwczesny. Izba uznała bowiem, że zamawiający nie wezwał przystępującego do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, mimo że był do tego zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. W

Poza sporem jest kwestia, że zamawiający, w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach i sytuacji innych podmiotów, wymagał złożenia, w odniesieniu do tych podmiotów, dokumentów wymienionych w pkt. 5 V pkt. A. pkt. 3 ppkt 1-4. Wymóg taki wynika również z § 9 ust. 2 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. poz. 1126).

W dniu 02.06.2017 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia określonych w pkt. V s.i.w.z. Nie wezwał go natomiast do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Nie można bowiem za takie wezwanie uznać pisma z dnia 2 czerwca 2017 roku, w którym zamawiający – żądając dokumentów dotyczących przystępującego – posłużył się sformułowaniem „w szczególności. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, o jakie dokumenty został wezwany. Przystępujący dostosował się do treści wezwania i nie może z tego tytułu ponosić negatywnych dla siebie konsekwencji.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymanego na rozprawie, iż podniesiony zarzut jest przedwczesny, gdyż zamawiający ma jeszcze czas na dokonanie czynności wezwania wykonawcy do przedłożenia tych dokumentów. Zamawiający, powołując się na treść art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., stwierdził, iż wezwanie takie powinno być wystosować do przystępującego przed udzieleniem zamówienia, a umowa przecież nie została jeszcze zawarta.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p., zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zamawiający dokonuje zatem weryfikacji pod kątem

wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyżej pozycji w rankingu ofert. Należy przy tym rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której zamawiający informuje pozostałych wykonawców, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Tym samym zamawiający wzywa do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania po dokonanej ocenie ofert, ale przed formalnym poinformowaniem wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o tej czynności wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, iż uchybił obowiązkowi wezwani wykonawcy do złożenia dokumentów, wynikającego z art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaniechanie czynności wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie wykonawcy Sprint S.A., mimo że nie zgadza się z dokonaną przez odwołującego kwalifikacją prawną kwestionowanego zaniechania. W ocenie Izby, zamawiający, uchybiając obowiązkowi wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, naruszył art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., nie zaś – jak to podnosił odwołujący – art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.1 ustawy P.z.p.

Błędna kwalifikacja prawna pozostaje bez wpływu na ocenę zarzutu. Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo), wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

W myśl art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

Przystępujący w ofercie zaoferował cenę 5.899.753,54 zł brutto za wykonanie zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 7.086.737,37 zł netto. Odwołujący podniósł, że różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego o wartością szacunkową zamówienia wynosi zatem 33%, co uzasadnia konieczność zwrócenia się do przystępującego z żądaniem wyjaśnienia ceny oferty.

Zamawiający do powyższego twierdzenia w ogóle się nie ustosunkował. W odpowiedzi na odwołanie wywodził jedynie, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego. Zamawiający odniósł się jedynie do tej części argumentacji odwołującego, z której wynikało, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub jej istotne składniki wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli w przypadku, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający nie zaprzeczył argumentacji odwołującego, iż różnica pomiędzy ceną przystępującego a wartością szacunkową zamówienia jest inna niż wskazana przez odwołującego. Nie podał również wysokości wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, obowiązującej w tym postępowaniu stawki podatku VAT, jak również nie wskazał, że w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 *in finito* ustawy P.z.p. wyłączające konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, iż w przypadku, gdy w danym przypadku zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 90 ust. 1a ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, co wynika z zastosowanego przez ustawodawcę sformułowania „zamawiający wzywa”.

Wobec braku jakichkolwiek kontrargumentów, Izba uznała stanowisko odwołującego za zasadne i nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania wobec braku wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący podnosił, że wykazana przez przystępującego usługa dostawy, wdrożenia i utrzymania systemów BMS wykonana dla Kujawsko – Pomorskiej Sieci Informacyjnej Sp. z o.o. nie odpowiada definicji systemu BMS sformułowanej przez firmę

Schneider Electric Polska Sp. z o.o. oraz nie zawiera wszystkich elementów tego systemu, wskazanych w opisie technicznym stanowiącym załącznik nr 10 do s.i.w.z.

Przede wszystkim Izba podkreśla, iż nie istnieje legalna i powszechnie obowiązująca definicja systemu BMS. Definicja firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. byłaby obowiązująca dla wykonawców jedynie wówczas, gdyby zamawiający informację o jej zastosowaniu zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie twierdził ani nie wykazywał, że taka definicja zawarta jest w dokumentacji postępowania. Wymienione zaś w opisie technicznym elementy systemu dotyczyły przedmiotu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że usługi wykazywane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu miałyby być tożsame z opisem przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z brzmienia przepisu wynika zatem, iż warunek ma być proporcjonalny i określony na minimalnym poziomie zdolności. Zamawiający nie są zatem obowiązani ani uprawnieni do ustanawiania warunków identycznych z przedmiotem zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 3, art. 32 ust. 3, art. 41, art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie innych wartości zamówienia, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w trakcie otwarcia ofert i w pisemnej informacji z otwarcia ofert.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że otwarcie ofert i podanie informacji o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, miało miejsce w dniu 29 maja 2017 roku. W tym samym dniu zamawiający informację tę zamieścił na stronie internetowej. Tym samym stwierdzić należy, że zarzut w tym przedmiocie, podniesiony w dniu 3 lipca br., należy uznać za spóźniony.

W myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołanie na zakwestionowaną czynność zamawiającego, należało zatem wnieść nie później niż w dniu 8 czerwca 2017 roku.

W sposób analogiczny należało ocenić zarzut dotyczący informacji o możliwości zastosowania przez zamawiającego zamówień uzupełniających. Ta informacja również została podana przez zamawiającego w dniu 29 maja 2017 roku i od tego dnia należało liczyć termin na jej zakwestionowanie w drodze odwołania. Bez znaczenia jest fakt, iż w późniejszym okresie odwołujący uzyskał dostęp do innych dokumentów, zawierających informacje o możliwych zamówieniach uzupełniających. Termin do wniesienia odwołania należy liczyć od powzięcia pierwszej informacji o okolicznościach mających być jego przedmiotem.

Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego o przesłuchanie świadków wskazanych w odwołaniu, uznając, że jest on bezprzedmiotowy wobec faktu podniesienia zarzutu z uchybieniem terminu.

Odnosząc się do zawartej w odwołaniu informacji o zastosowaniu przez zamawiającego nieobowiązującego już wzoru protokołu postępowania, Izba podkreśla, iż informację tę uznała za kolejny zarzut, mimo braku precyzyjnego oświadczenia odwołującego w tym zakresie. W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie wobec faktu, iż uchybienie zamawiającego w tym przedmiocie nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie zaś z treścią art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....