

Sygn. akt: KIO 1721/17

WYROK
z dnia 04 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę **M. L. C. (ul. (...), K.)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul. (...), T.)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego w tym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul.(...), T.)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M. L. C. (ul.(...), K.)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (ul.(...), T.)** na rzecz Odwołującego **M. L. C. (ul.(...), K.)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1721/17

UZASADNIENIE

Zamawiający 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Naprawy systemu komunikacji głosowej (...)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 maja 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 091-180186.

Odwołujący M. L. C. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz unieważnieniu Postępowania, pomimo że nie było ku temu podstaw prawnych i faktycznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie Postępowania, pomimo że nie było ku temu podstaw, tj. w niniejszym Postępowaniu Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu; art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do tej okoliczności, w sytuacji gdy Odwołujący przedstawił Zamawiającemu rzetelne i prawdziwe informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, czym potwierdził, że warunki te spełnia; art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego - przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania - do przedstawienia wyjaśnień lub dowodów, iż podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu, w szczególności, że nie miał zamiaru wprowadzić w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu; z ostrożności - na wypadek uznania przez Izbę, że doświadczenie Odwołującego wskazane w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do pozytywnej oceny spełniania warunku przez Odwołującego; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu i wykluczenia Odwołującego z Postępowania;

nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z wnioskiem złożonym przez Odwołującego, a w konsekwencji zaproszenia do złożenia oferty.

Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, że w konsekwencji wykluczenia Odwołującego oraz wykonawcy Z. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą r., nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Zdaniem Odwołującego, wykluczenie go z udziału w postępowaniu zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wobec czego nie została spełniona przesłanka pozwalająca na unieważnienie Postępowania na podstawie wskazanego przepisu.

Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną wykluczenia (dokonanego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) wskazał niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas wykonywania 8 usług wskazanych we wniosku Odwołującego.

Zamawiający wymagał, aby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącego zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych, wykonawcy wykazali zrealizowanie 8 usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Odwołujący przedstawił wykaz wykonanych usług, który w jego ocenie potwierdzał realizację takiej liczby odpowiednich usług. W wykazie wskazał na usługi wykonane na rzecz Zamawiającego w okresie od 14.04.2015 r. do 9.12.2016 r. W złożonym wykazie usług (pod tabelą) Odwołujący oświadczył, iż „Wykaz wykonanych usług wynika z realizacji umowy nr(...), podpisanej pomiędzy F. a 12 WOG na wykonanie usług napraw awaryjnych systemu V.. W celu realizacji umowy F. podpisał umowę na naprawy awaryjne systemu V. z wykonawcą M. L. C. (M.) jako swoim wyłącznym przedstawicielem w Polsce. W dniu 02.01.2015 r. Wykonawca (M.) podpisał umowę z r. Z. N., który jako Podwykonawca wykonywał na rzecz M. usługi serwisowo-naprawcze systemu (...)”. W dalszej części tego oświadczenia Odwołujący wskazał również: „Protokoły przyjęcia usługi stanowiące potwierdzenie należytego wykonania usług znajdują się w posiadaniu Zamawiającego (12 WOG) i dotyczą realizacji umowy nr 712/2014”.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że w oświadczeniu powyższym omyłkowo wskazał F. (z siedzibą w A.) jako stroną umowy nr (...) podpisanej z Zamawiającym (12 WOG). W

rzeczywistości stroną ww. umowy była firma F. (z siedzibą w N.), która realizację tej umowy powierzyła spółce powiązanej F., a ta podpisała umowę podwykonawczą z Odwołującym. Powyższe wprost wynika z Preambuły ww. umowy zawartej między F. a Odwołującym: „F., (...) zwany dalej "F. ", reprezentowany przez: W. G. podpisał umowę (Umowa numer. (...)) zawartą 25.08.2014 ze wszystkimi załącznikami ("Umowa Główna") z Jednostką Wojskową 4620 Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (dalej zwana jako K.), (...) na poziomie 0-2 - wsparcia jakiegokolwiek sprzętu objętego Główną Umową. Aby wypełnić zobowiązania wobec K., Firma F. zdecydowała się zlecić części usług świadczonych na rzecz K. firmie macierzystej F., z siedzibą w A., zwanej dalej "F.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako strona Umowy wiedział o tym z jakim podmiotem podpisał umowę, a jakiemu została ona (w ramach powiązań kapitałowych) przekazana do faktycznej realizacji. Wskazuje choćby na to okoliczność (powoływana w informacji dotyczącej spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 8 sierpnia 2018 r, s. 2), że zwracał się o wyjaśnienia do F. a nie F. G. jako strony umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie Wykaz usług potwierdzał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Jednak w dniu 6 czerwca 2017 r. Zamawiający, powołując się na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), skierował do Odwołującego pismo w związku z wątpliwościami dotyczącymi złożonych przez Odwołującego wraz z wnioskiem dokumentów, wnioskując o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie doświadczenia nabytego podczas realizacji poprzedniej umowy. Wątpliwości Zamawiającego oparte były na przyjętym przez Zamawiającego ww. piśmie założeniu, że firma r., na której doświadczenie - zdaniem Zamawiającego - powołał się Odwołujący, była podwykonawcą na takich samych warunkach, jak Odwołujący, a nie podwykonawcą Odwołującego, w rozumieniu zapisów umowy z dnia 25 sierpnia 2014 r. i aneksu z dnia 26 września 2014 r.

Odwołujący przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał, że stroną zawartej przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2014 r. umowy nr (...) była firma F. (dalej: „F.”) - jako podmiot, który uzyskał zamówienie na serwisowanie systemu komunikacji głosowej(...). W wyjaśnieniach tych Odwołujący wskazał, że F. w związku z realizacją ww. umowy zawarł umowę z Odwołującym jako swoim podwykonawcą. Odwołujący zauważył, że umowa podwykonawcza została zawarta pomiędzy Odwołującym a F., co wynika z preambuły tej umowy, a o czym Zamawiający wiedział. Z preambuły umowy zawartej między F. a Odwołującym wynika również, że F. wyznacza Odwołującego jako swojego podwykonawcę (nazywanego na potrzeby tej umowy Wykonawcą), w zakresie dostarczania części do

konserwacji oraz świadczenia usług wsparcia serwisowego dla zintegrowanego systemu komunikacji i zarządzania, zgodnie z warunkami niniejszego kontraktu, a Wykonawca akceptuje swoje obowiązki, określone w dalszej części kontraktu.

Z postanowienia rozdz. 1 ust. 1.2 wynika, że „Kontrakt” oznacza porozumienie pomiędzy F. a Wykonawcą w zakresie świadczenia Serwisu, który to został zdefiniowany w rozdziale 1 ust. 1.7 jako wszystkie usługi utrzymania, świadczone przez Wykonawcę, wyszczególnione w Podziale Prac (Załącznik nr 2), które mogą być wymagane do wykonania w trakcie współpracy, w zależności od potrzeb.

Z dalszych postanowień umowy, tj. rozdz. 2 ust. 2.3 i 2.4 wynika, że Wykonawca powinien wykonać Serwis zgodnie z niniejszym Kontraktem oraz z należytą starannością wobec Zamawiającego i F.. W razie jakichkolwiek wątpliwości lub niezgodności pomiędzy Kontraktem a wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca uzgodni wcześniej sposób wykonywania usługi z F.. Generalną wytyczną współpracy jest zapewnienie, by żadna ze stron nie pogorszyła swojej reputacji. Wykonawca będzie odpowiedzialny za jakość techniczną Serwisu w pełnym zakresie, chyba, że problemy wystąpiły wskutek nieprawidłowych informacji przekazanych przez F..

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 7 umowy, Serwis będzie świadczony zgodnie ze Specyfikacją do niniejszego Kontraktu. O ile standard świadczonych usług serwisowych nie został wyszczególniony w Kontrakcie, Wykonawca zobowiązany jest świadczyć Serwis zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, lecz zawsze uwzględniając obecnie obowiązujące praktyki przemysłowe, wymagania ustawowe oraz odpowiednie standardy przemysłowe, a także zgodnie z najlepszymi praktykami inżynierskimi, wykorzystując części i materiały o odpowiedniej jakości (takie jak Instrukcje Utrzymania i Opisy Produktów), w taki sposób, aby Wyposażenie było zgodne z wymaganymi właściwościami użytkowymi.

Zgodnie z rozdziałem 22 umowy Wykonawca nie został upoważniony do korzystania z pomocy podwykonawców innych niż wymienieni w klauzuli 21.1 lub zaakceptowanych wcześniej na piśmie przez F.. Jako zaakceptowany podwykonawca została wskazana firma r..

Z przywołanych wyżej postanowień umowy podwykonawczej, zawartej pomiędzy F. A. a Odwołującym, wynika, że jej przedmiotem umowy było m.in, zlecenie Odwołującemu świadczenia usług wsparcia serwisowego dla systemu komunikacji głosowej.

Przy tym - na mocy postanowień tej umowy - Odwołujący uzyskał zgodę F. na zawarcie kolejnej umowy podwykonawczej z p. Z. N. (firma r.).

Na mocy zawartej umowy podwykonawczej pomiędzy Odwołującym a r., firma ta zobowiązała się do wykonywania na rzecz M. usług polegających m.in. na serwisowaniu i naprawie systemu komunikacji głosowej (...).

Odwołujący wyjaśnił również, że według jego wiedzy p. Z. N. nie zawarł żadnej umowy podwykonawczej z firmą F., wobec czego w ocenie Odwołującego nie ma podstaw do przyjęcia, że prowadzona przez niego firma była podwykonawcą firmy F. na tych samych zasadach co Odwołujący. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał także na sposób dokonywania rozliczeń za dokonywane naprawy systemu, tj. dokonywanie płatności przez Odwołującego na rzecz p. Z. N., prowadzącego działalność pod firmą r., dołączając do wyjaśnień przykładowe faktury.

W ocenie Odwołującego mógł on powołać się - jako Podwykonawca F. AG (tj. firmy realizującej umowę na podstawie zlecenia przez F. G. jako stronę umowy z Zamawiającym) oraz jako Wykonawca w relacji umownej pomiędzy Odwołującym a Z. N. - na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji umowy nr(...). W ocenie Odwołującego bez znaczenia na możliwość powołania się przez Odwołującego na doświadczenie uzyskane w realizacji zamówienia jest okoliczność powierzenia do realizacji jedynie części przedmiotu umowy zawartej pomiędzy Odwołującym a firmą F. AG dalszemu podwykonawcy, tj. p. Z. N., działającemu pod firmą r. i w konsekwencji faktyczne wykonywanie umowy podwykonawczej w węższym zakresie. Stąd bez znaczenia pozostaje, powoływana w piśmie Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2017 r. odpowiedź firmy F. AG wskazująca na zakres faktycznie wykonywanych zadań przez Odwołującego i p. Z. N.

Wykluczenie Odwołującego z Postępowania było nieuprawnione zarówno w świetle określonego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu, jak i przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z taką decyzją Zamawiającego. Wyjaśnił, że na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w Wykazie usług wskazał Protokoły przyjęcia usługi, będące w dyspozycji Zamawiającego. Sformułowania zawarte w protokołach są autorstwa Zamawiającego a nie Odwołującego. Faktycznie w pkt 1 Protokołów wskazuje się osobę, która wykonała naprawę awaryjną, jako przedstawiciela Wykonawcy. Odwołujący zgodził się, że ze stanowiskiem Zamawiającego, że z prawnego punktu widzenia Wykonawcą dla Zamawiającego jest firma F. G. Nie wpływa to jednak w żaden sposób na możliwość powierzenia realizacji umowy przez F. G. (za pośrednictwem F. AG) Odwołującemu jako Podwykonawcy i następnie zaangażowania za zgodą F. AG przez Odwołującego dalszego podwykonawcy. Zamawiający był odbiorcą usług, na które powołał się Odwołujący, a także autorem wzoru Protokołu przyjęcia usługi, wobec czego miał pełną wiedzę o sposobie realizacji usług i choćby z tego powodu nie może być mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp każdorazowo przed zastosowaniem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, tj. przed wykluczeniem wykonawcy z tej przyczyny, zamawiający ma obowiązek na mocy art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, umożliwienia wykonawcy przeprowadzenia procedury samooczyszczenia (...) oraz na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp oceny wszystkich okoliczności związanych z tą procedurą oraz w konsekwencji ewentualnego zaniechania wykluczenia, jeżeli przedłożone przez wykonawcę dowody, wskazane okoliczności oraz podjęte działania pozwalają na przyjęcie, że jego rzetelność i uczciwość gwarantują należyte spełnienie świadczenia i jego prawidłowe postępowanie w przyszłości.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający bezprawnie wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Niemniej Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania zaniechał wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień lub dowodów, iż podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu, w szczególności, że nie miał zamiaru wprowadzić w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 9 ustawy Pzp.

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że doświadczenie Odwołującego wskazane w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia - Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do pozytywnej oceny spełniania przez Odwołującego wskazanego warunku. Wezwanie takie dotychczas nie miało miejsca, wobec czego wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest przedwczesne i dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, okoliczności niniejszej sprawy wskazują na naruszenie przez Zamawiającego naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu ze względu na niespełnienie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w Postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia m.in. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający w przypadku Odwołującego odstąpił od prawidłowego stosowania przepisów ustawy Pzp i bezprawnie wykluczył Odwołującego, czym naruszył zasady dotyczące zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp .

Zamawiający wskazał, że dokonując badania i oceny ofert przeprowadził dodatkowe czynności służące weryfikacji Wykonawcy pod kątem zdolności do realizacji zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem tego, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony podmiot, który legitymuje się wiedzą i doświadczeniem nabytym w związku z wykonywaniem określonych czynności objętych przedmiotem zamówienia, a tym samym daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zwrócił się do firmy M. o szczegółowe wyjaśnienia w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych nabytego doświadczenia podczas realizacji Umowy (...) oraz Aneksu(1), ze szczególnym uwzględnieniem nabytego doświadczenia podczas realizacji wskazanej umowy, w której firma M. była podwykonawcą umowy na takich samych warunkach jak firma r..

Dodatkowo Zamawiający wystąpił z wnioskiem do firmy F. o wyjaśnienia w zakresie nabytego doświadczenia podczas realizacji umowy (...) ze szczególnym uwzględnieniem podziału zadań dla poszczególnych podwykonawców i wskazanie danych osób realizujących czynności wynikające z zapisów w/w umowy.

Firma F. AG udzieliła odpowiedzi wskazując, że:

Podwykonawca M. w ramach realizacji umowy (...) i przywołanego aneksu wykonywał czynności związane z zarządzaniem projektem, logistyką i komunikacją, tj.:

- prowadzeniem rozliczeń pomiędzy Wykonawcą (F.) a Podwykonawcami, jak również przekazywaniem informacji koniecznych do rozliczeń pomiędzy ZAMAWIAJĄCYM i WYKONAWCĄ,
- wspomaganie zaopatrzenia części zamiennych potrzebnych do realizacji zapisów umowy,
- wspomaganie komunikacji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą (F.) między innymi tłumaczeniem dokumentów.

2. Podwykonawca r. w ramach umowy wykonywał następujące zadania:

- diagnostyka usterek zgłaszanych przez użytkowników systemu (...)
- przygotowanie wyceny napraw
- przygotowanie zamówień sprzętu i części zamiennych koniecznych do wykonywania

napraw (części (...))P jak i również innych producentów)

- przeprowadzanie napraw awaryjnych.

Zamawiający po zapoznaniu się z dokumentami uznał, że firma M. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej posiadania doświadczenia.

W zakresie art. 24 ust. 1 pkt 16) Zamawiający analizując wskazane we „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” dokumenty, tj. „Protokoły przyjęcia usługi” uznał, że firma M. wskazując siebie jako WYKONAWCĘ przedmiotu zamówienia wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż z prawnego punktu widzenia WYKONAWCĄ umowy (...) wraz z wskazanymi wcześniej aneksami była firma F.G.

Zamawiający uznał, że przedstawione dokumenty tj. „Protokoły przyjęcia usług” nie potwierdzają, że M. był wykonawcą umowy (...) roku, a Wykonawca innych dokumentów na okoliczność potwierdzenia doświadczenia Wykonawca nie przedstawił.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby Zamawiający trafnie wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podjął czynności wyjaśniające treść oferty, w szczególności zakres wykonywanych przez Odwołującego prac. Z ustaleń Zamawiającego wynika, że to Wykonawca Z. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. Z. N. (dalej R.), wykonywał usługi dotyczące usuwania uszkodzeń i awarii. Odwołujący realizował zadania związane z tłumaczeniami, rozliczeniami i wspomaganiami zaopatrzenia.

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie posiada doświadczenia w zakresie realizacji 8 usług polegających na realizacji napraw, serwisu, usuwaniu awarii. Powyższe wyjaśnienia potwierdza także stan sprawy przedstawiony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy. Zadania Odwołującego w ramach realizacji kontraktu zawartego z Zamawiającym polegały na realizowaniu zadań logistycznych, tj. prac związanych z zakupami, tłumaczeniami,

księgowością. To Wykonawca R. wykonywał prace dotyczące serwisu. Okoliczności tej nie zaprzeczył Odwołujący oraz nie wykazał okoliczności przeciwnej. Tym samym, w ocenie Izby należy uznać, że Odwołujący nie zrealizował prac, które odpowiadają swoim zakresem pracom objętym przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający oczekiwał bowiem od wykonawcy dysponowania realnym doświadczeniem, nabytym przy świadczeniu wymaganych przez Zamawiającego usług serwisowych, a takim doświadczeniem Odwołujący nie dysponuje. W ocenie Izby, bez znaczenia jest łańcuch powiązań i poszczególne umowy, na które wskazywał Odwołujący. Istotne jest, że Odwołujący nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie napraw awarii i realizacji serwisu, co jednoznacznie potwierdza, że nie spełnia wymagań Zamawiającego. Odwołujący nie nabył wymaganego w niniejszym postępowaniu doświadczenia poprzez sam fakt, że firma R. realizowała prace związane z napraw i serwisem. Odwołujący w trakcie rozprawy podkreślał, że przyjmując sposób rozumienia Zamawiającego, większość Wykonawców nie mogłoby uzyskać zamówienia, bowiem nie posiada pełnego doświadczenia. Zdaniem Izby, nie jest tak, że Wykonawca nabywa doświadczenie, jakie nabył podwykonawca. Tym bardziej, że tak jak w niniejszym postępowaniu jednoznacznie wykazano, że innymi zadaniami zajmował się Odwołujący, a inne zadania realizował Wykonawca R.. Podkreślenia wymaga, że od początku realizacji umowy (...) podwykonawcą realizującym prace z serii napraw awarii i serwisu była firma R., a Wykonawca M. stał się jedynie wykonawcą pomocniczym przy realizacji takich prac jak tłumaczenie, rozliczenia czy wspomaganie zaopatrzenia. Tym samym nie można uznać stanowiska Odwołującego za prawidłowe. Zamawiający uprawniony jest do postawienia wymogu, aby udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy, dysponujący odpowiednim doświadczeniem, których umiejętności poparte rzeczywistym doświadczeniem pozwolą na prawidłową realizację zamówienia. Nawet gdyby twierdzenia Odwołującego uznać za prawidłowe, to nadal pozostałoby wielu wykonawców, którzy dysponowaliby odpowiednim doświadczeniem i mogli zamówienie uzyskać.

Izba za uzasadniony uznała zarzut 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że uznał, że został wprowadzony w błąd, „gdyż z prawnego punktu widzenia WYKONAWCĄ umowy (...) wraz z wskazanymi wcześniej aneksami była firma F. G.”.

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że został przez Odwołującego wprowadzony w błąd. O wprowadzeniu w błąd można byłoby mówić w sytuacji, w której wykonawca podałby Zamawiającemu błędną informację, której Zamawiający nie mogąc zweryfikować uznałby jako informację prawdziwą. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiającemu wprost znane były okoliczności związane z zawarciem ww. umowy z firmą F. G., gdyż umowa ta podpisana została z samym Zamawiającym. Tym samym Zamawiający

posiadał wiedzę, pozwalającą na weryfikację podanej przez Odwołującego informacji. W konsekwencji, skoro podana przez Odwołującego informacja mogła (i powinna) zostać przez Zamawiającego zweryfikowana, nie można uznać, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W konsekwencji Izba za uzasadniony uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy Zamawiający uznał, że złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło. Należy podkreślić, że wezwanie takie nie było uprawnieniem, ale obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z ustawy.

W świetle powyższego należy uznać, że brak jest podstaw dla unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu pozostał bowiem wniosek Odwołującego, który winien zostać poddany badaniu i ocenie Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....