

Sygn. akt: KIO 1409/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 lipca 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 14 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2015 r. przez **wykonawcę Viatelecome spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Skarbowców 23a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Łagiewniki z siedzibą w Łagiewnikach, ul. Jedności Narodowej 121**

przy udziale **wykonawcy Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Canaletta 4** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1409/15 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Viatelecome spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Skarbowców 23a** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczanego wpisu.

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

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja, instalacja i serwis infrastruktury szerokopasmowej sieci internetowej wraz z dostawą zestawów komputerowych dla beneficjentów w ramach projektu „Zwalczanie wykluczenia cyfrowego w Gminie Łagiewniki - II etap” został wszczęty ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2015r. za numerem 2015/S 083 - 148034

W dniu 29 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców drogą elektroniczną o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu wykonawcy Viatelecome spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Skarbowców 23a – dalej odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) w związku z niewykazaniem przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej, wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał na treść rozdziału VI pkt. 1.2. lit. b siwz i podał, że załączone do wykazu usług wykonanych referencje wystawione przez Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych na rzecz Teleoptics sp. z o.o. nie potwierdzały wykonania punktów dostępowych w co najmniej 15 różnych lokalizacjach. Zamawiający pismem z dnia 18 czerwca 2015r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w rozdziale VI pkt. 1.2. lit. b siwz. Odwołujący w terminie złożył inne referencje, iż w pierwotnej treści oferty wystawione w dniu 26 marca 2012r. przez Urząd Miejski w Błoniu oraz odpowiednie dokumenty potwierdzające udostępnienie zasobów. Zamawiający po analizie tych dokumentów doszedł do przekonania, że usługi objęte listem referencyjnym zostały wykonane przed wystawieniem listu tj. przed 26 marca 2012r., a w konsekwencji w okresie wcześniejszym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert. To potwierdziła też weryfikacja dokonana przez zamawiającego, z której wynikało, że przedłożone celem wykazania doświadczenia prace były wykonane w okresie poprzedzającym dzień 26 marca 2012r. Zamawiający uznał zatem, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i przedstawił nieprawdziwe informacje w załączniku nr 5 do siwz w jego zaktualizowanej wersji oświadczając, że realizował usługę w okresie od 26 marca 2012r. do 26 marca 2015r. Zamawiający podkreślił, że ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest niedopuszczalne w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wyrok z 20 października 2010r. sygn. akt KIO 2168/10. W konsekwencji odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta odrzucona.

W dniu 3 lipca 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 lipca 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołanie zostało wniesione od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty SPRINT SA jako oferty najkorzystniejszej, dokonania oceny ofert z naruszeniem art. 91 ust 1 i 2 ustawy, wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zaniechania wystąpienia do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty, zaniechania poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, zaniechania wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego w zakresie zarzutu niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie oceny ofert niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz.
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
3. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wystąpienia do odwołującego o złożenie wyjaśnień.
4. naruszenie przepisu art. 87 ust 2 pkt 1 i 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego.
5. naruszenie art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego w zakresie zarzutu niewykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

unieważnienie czynności oceny ofert,

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

unieważnienie wykluczenia odwołującego,

wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień,

poprawienie omyłki w ofercie odwołującego,

dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz,

wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności

zamawiającego wskazanych powyżej odwołujący uważa, że został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w ogłoszeniu w punkcie IV.2.1) wskazał, że kryterium udzielenia zamówienia jest „Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów” wskazując 3 kryteria:

1. Najniższa cena z wagą 80
2. Termin realizacji zamówienia z wagą 10
3. Okres gwarancji z wagą 10.

W siwz w Rozdziale XIV w punkcie 1 wskazano, że „Zamawiający przy wyborze ofert będzie kierował się następującymi kryteriami:

A/ Cena -80%

B/ Termin realizacji zamówienia -10%

C/Okres Gwarancji -10%”

Jednocześnie w piśmie z dnia 29 czerwca 2015 roku zamawiający wskazał, że dokonał oceny oferty złożonej przez SPRINT SA jedynie w kryterium Cena, podając liczbę punktów w tym kryterium. Tym samym Zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy. Już z samego tylko tego względu, zdaniem odwołującego, ocena ofert powinna zostać unieważniona i dokonana ponownie, zgodnie z postanowieniami siwz.

Co do wykluczenia odwołującego ze względu na nie wykazanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale VI „Warunki udziału w przetargu oraz psi sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wskazał w punkcie 1 podpunkcie 1.2. litera b), że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia między innymi w zakresie realizacji „w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum jedną usługę polegającą na budowie, modernizacji lub rozbudowie sieci publicznych bezprzewodowych punktów dostępowych HotSpot bazującej na Wi-Fi i dystrybuującej ograniczony dostęp szerokopasmowy do sieci Internet w co najmniej 15 różnych lokalizacjach publicznych na terenie zurbanizowanym i o wartości usługi nie mniejszej niż 200 000 zł”.

Odwołujący w tym zakresie polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu - tj. firmy Teleoptics Sp. z o.o. w zakresie realizacji projektu na rzecz Gminy Błonie.

Przedmiotowy projekt spełnia, w ocenie odwołującego, określone przez zamawiającego w siwz warunki - tj. obejmował budowę, modernizację lub rozbudowę sieci publicznych bezprzewodowych punktów dostępowych HotSpot bazującej na Wi-Fi i dystrybuującej ograniczony dostęp szerokopasmowy do sieci Internet w co najmniej 15 różnych

lokalizacjach publicznych na terenie zurbanizowanym i o wartości usługi nie mniejszej niż 200 000 zł.

Zamawiający przyjął, że terminem zakończenia projektu jest dołączony „List referencyjny” wystawiony z datą 26 marca 2012 roku. Data tego dokumentu nie jest datą zakończenia projektu, gdyż dokument został wystawiony w trakcie realizacji projektu, gdy podmiot był jeszcze związany z Gminą Błonie zobowiązaniami wynikającymi z umowy.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy „List referencyjny” jest dokumentem składanym wyłącznie w celu wykazania, że przedmiotowy projekt został wykonany należyście, nie ma zaś on potwierdzać daty wykonania projektu. Sam zamawiający wskazał w siwz w Rozdziale VII „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, iż należy złożyć Wykaz wykonanych głównych usług oraz załączyć dowody, czy usługi zostały wykonane należyście. Przedmiotowe postanowienia siwz są zresztą w pełni zgodne z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231). Odwołujący złożył odpowiednie dokumenty - tj. wykaz, w którym wskazał, że termin zakończenia projektu to 26 marca 2012 roku oraz List referencyjny potwierdzający należyte wykonanie. Tym samym odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący pragnie jednak zwrócić uwagę, że zamawiający w ogóle nie wymagał podania daty początkowej, w przedmiotowej kolumnie Wykazu usług należało podać jedynie „Data i miejsce wykonania”, zatem odwołujący uważa, że był zobowiązany podać jedynie datę zakończenia projektu - którą to datę podał i która to data potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jeżeli uznać, że wpisanie błędnej daty rozpoczęcia projektu miało znaczenie dla oceny oferty odwołującego (pomimo iż jest to informacja nadmiarowa w stosunku do wymagań siwz), to odwołujący wskazał, że zamawiający powinien wystąpić do odwołującego o wyjaśnienia, a następnie dokonać poprawienia w ofercie omyłki odpowiednio w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy, w zależności od tego, czy przedmiotową omyłkę można zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską czy też jaką inną omyłkę.

Ustosunkowując się do uzasadnienia wykluczenia odwołującego podanego w piśmie z dnia 29 czerwca 2015 roku, odwołujący podniósł, że:

1. zamawiający wskazał, że „Zgodnie z rozdziałem VI 1.2. b siwz celem potwierdzenia wiedzy i doświadczenia zamawiający żądał od wykonawcy przedłożenia dokumentu poświadczającego, iż wykonawca spełnia wymóg posiadanej wiedzy i doświadczenia (...). Wymagany przez zamawiającego dokument miał również potwierdzać, że usługa została wykonana należyście”. Odwołujący wskazał, że twierdzenia te nie mają żadnego umocowania

w postanowieniach siwz, a co więcej naruszają one przepisy ustawy i wskazanego Rozporządzenia o dokumentach. Ustawa ustawy posługuje się 2 rodzajami pojęć - oświadczenia i dokumenty. Oświadczenia są to oświadczenia własne wykonawców i do nich między innymi należy Wykaz usług. Zgodnie z przepisami prawa wykonawca w Wykazie usług ma wykazać, że wykonał daną usługę, spełniającą warunki określone przez zamawiającego. Zaś dokumenty, które są dołączane do Wykazu usług, to przede wszystkim wystawione przez odbiorców usług poświadczenia należytego wykonania usługi. I dokumenty te mają poświadczać jedynie należyte wykonanie usługi. Tymczasem zamawiający zdaje się nie rozróżniać oświadczenia Wykaz usług od dokumentu, który ma potwierdzać należyte wykonanie usługi.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykonawca przedłożył uzupełniony wykaz usług wraz listem referencyjnym. Tymczasem zamawiający wskazał, że „Wykonawca dostarczył inne referencje niż w pierwotnej treści oferty, przedkładając zamawiającemu wystawiony w dniu 26 marca 2012 roku przez Urząd Miejski w Błoniu list referencyjny”. Zdaniem odwołującego należy z tego wnioskować, że zamawiający w ogóle pominął fakt przedłożenia uzupełnionego Wykazu usług oraz treść tego Wykazu. Wskazuje na to dalsza część uzasadnienia, z której wynika, że zamawiający analizował wyłącznie list referencyjny, zupełnie pomijając treść uzupełnionego Wykazu usług.

Zamawiający wskazał, że dokonał weryfikacji „w zakresie doświadczenia oraz udzielonych referencji przez Urząd Miejski w Błoniu”. Przy czym zamawiający nie wskazał, na czym ta weryfikacja miała polegać, jakie informacje i od kogo uzyskał. Według wiedzy odwołującego zamawiający nie zwracał się ani do wykonawcy (Teleoptics Sp. z o.o.) ani do Gminy Błonie o udzielenie jakichkolwiek informacji lub też udostępnienie dokumentów. Zamawiający nie zwracał się też do odwołującego o wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do dat. Stąd też w ocenie odwołującego należy uznać, że zamawiający - wbrew twierdzeniom w uzasadnieniu wykluczenia - nie dokonał należytej weryfikacji i nie posiada żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że przedmiotowy projekt został zakończony wcześniej niż 3 lata przed dniem złożenia ofert.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu brak wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego ze względu na nie wykazanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej.

Zamawiający wskazał w piśmie z 29 czerwca 2015 roku, iż „na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza wykonawcę Viatelecome sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w związku z niewykazaniem przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej wiedzy i doświadczenia”

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający w ogóle nie wskazał, na czym polegać ma przedmiotowe niewykazanie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Stąd też

odwołujący nie może w ogóle odnieść się do przedmiotowej podstawy wykluczenia. Wykluczenie na tej podstawie zostało zatem, zdaniem odwołującego, dokonane w sposób naruszający przepisy prawa.

W dniu 6 lipca 2015r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym powiadamiając ich o wniesionym odwołaniu i przekazując jego kopię.

W dniu 9 lipca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Canaletta 4 wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż takie rozstrzygnięcie pozwoli na utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego o jego wyborze. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 9 lipca 2015r.

W dniu 13 lipca 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie żądając oddalenia odwołania w całości oraz zasądzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. i kosztów dojazdu. W zakresie okoliczności spornych zamawiający podniósł, że przed podjęciem decyzji o wykluczenie odwołującego z postępowania uzyskał od wystawcy referencji Urzędu Miejskiego w Błoniu telefoniczną informację, iż spółka Teleoptics zakończyła realizację wskazanej w uzupełnionym wykazie usługi przed dniem 26 marca 2012r.

w związku z czym oświadczenia odwołującego wskazane w załączniku nr 5 do siwz są nieprawdziwe. Dodatkowo zamawiający wskazał, że po otrzymaniu odwołania w dniu 6 lipca 2015 roku zamawiający w trybie dostępu do informacji publicznej zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Błoniu o udostępnienie informacji publicznej poprzez wskazanie na piśmie w jakim okresie były wykonywane przez spółkę Teleoptics sp. z o.o. - na doświadczenie której powołuje się odwołujący - prace wskazane w wystawionym przez Urząd Miejski w Błoniu liście referencyjnym z dnia 26 marca 2012 roku. W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek pismem z dnia 10 lipca 2015 roku Urząd Miejski w Błoniu wskazał, że umowa na wykonanie w/w inwestycji została podpisana z liderem konsorcjum Warszawskim Przedsiębiorstwem Robót Telekomunikacyjnych w dniu 9 listopada 2009 roku, a odbiór tych prac nastąpił w dniu 10 sierpnia 2011 roku. Jako dowód zamawiający powołał pismo Urzędu Miejskiego w Błoniu z dnia 10 lipca 2015 roku. Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów odwołującego podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający wszelkie czynności związane z przeprowadzeniem postępowania wykonał zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy w związku z czym odwołanie jest zupełnie bezzasadne i winno zostać oddalone. Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy, to zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, iż przy ocenie złożonych ofert będzie kierował się 3 kryteriami tj. kryterium najniższej ceny z wagą 80%, kryterium terminu

realizacji zamówienia z wagą 10%<sub>f</sub> oraz kryterium okresu gwarancji z wagą 10%. Wybór przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty został dokonany w oparciu o obowiązujące w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert tj, najniższej ceny, terminu realizacji zamówienia oraz okresu gwarancji. Jedynie omyłkowo zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty określił jedynie kryterium cenowe. W związku z powyższym podniesiony w tym zakresie zarzut odwołującego, według zamawiającego należy uznać za zupełnie nieuzasadniony. Dodatkowo wskazał, że odwołujący podnosząc naruszenie przez zamawiającego treści art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w żaden sposób nie wykazał, iż błędy jakie zarzuca zamawiającego wywarły wpływ na treść rozstrzygnięcia. Tym samym według zamawiającego jego omyłka nie miała jakiegokolwiek wpływu na merytoryczną ocenę złożonych ofert. Tym bardziej w sytuacji, gdy odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a złożona przez wykonawcę SPRINT S.A. oferta spełniała wszystkie wymogi zamawiającego wskazane w siwz. W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający podniósł, iż w rozdziale VI.1.2. b siwz określił wymóg posiadanej przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji w ostatnich trzech latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum tj. doświadczenia w realizacji jednej usługi polegającej na budowie, modernizacji lub rozbudowie sieci publicznych bezprzewodowych punktów dostępowych HotSpot bazującej na Wi-Fi I dystrybuującej ograniczony dostęp szerokopasmowy do sieci internet w co najmniej 15 różnych lokalizacjach publicznych na terenie zurbanizowanym i o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł. W pierwotnej treści oferty odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, iż spełnia ww, wymaganie, w związku z czym w trybie art. 26 ust 3 ustawy został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia wymaganych dokumentów w tym zakresie, W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłożył inne referencje wystawione przez Urząd Miejski w Błoniu w dniu 26 marca 2012 roku, z których w sposób jednoznaczny wynikało, że prace podmiotu Teleoptics sp. z o.o. - na wiedzy I doświadczeniu których polega odwołujący, były wykonywane przed ich wystawieniem, W ramach dopuszczonych przepisami ustawy czynności badania ofert zamawiający w pierwszej kolejności zwrócił się telefonicznie, a następnie pisemnie do wystawcy listu referencyjnego o potwierdzenie ich prawdziwości, a przede wszystkim wskazanie w jakim okresie były realizowane prace na które odwołujący się powołuje, tym bardziej że w wykazie usług odwołujący wskazał, iż przedmiotowa inwestycja była przeprowadzona w okresie od 26 marca 2012 roku do 26 marca 2015 roku. W odpowiedzi na przedmiotowy wniosek wystawca referencji Urząd Miejski w Błoniu pismem z dnia 10 lipca 2015 roku wskazał, iż umowa na wykonanie w/w inwestycji została podpisana z liderem konsorcjum Warszawskim Przedsiębiorstwem Robót Telekomunikacyjnych w dniu 9 listopada 2009 roku, a odbiór tych

prac nastąpił w dniu 10 sierpnia 2011 roku czyli ponad 3 lata przed terminem otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu.

W kontekście powyższego, w ocenie zamawiającego, zupełnie nieuprawnione są twierdzenia odwołującego, iż zamawiający nie badał terminu zakończenia projektu, a data dokumentu nie jest datą jego zakończenia. Z treści wystawionych przez Urząd Miejski Błonie dokumentów wynika jednoznacznie, iż prace w zakresie wymaganym przez zamawiającego w siwz były wykonywane do dnia 10 sierpnia 2011 roku, zamawiający nie kwestionuje przy tym, iż odwołujący wykonywał na rzecz wystawcy inne usługi jednakże nie były one sensu stricto związane z wykonaniem budowy, instalacji lub modernizacji punktów hotspot, a jedynie miały na celu zachować trwałość projektu co nie było jednak przedmiotem wymogu zamawiającego określanego w siwz. Zamawiający podkreślił również, iż odwołujący poświadczają nieprawdę twierząc, iż wymagane przez zamawiającego usługi wykonał w okresie od 26 marca 2012 roku do 23 marca 2015 roku, a wynikający z referencji termin zakończenia prac nie jest datą zakończenia projektu. Jak już zamawiający wskazał twierdzenia te należy uznać za całkowicie dowolne i nieprawdziwe, jak również wbrew osnowie dokumentu wystawionego przez Urząd Miejski w Błoniach, gdyż weryfikacja referencji odwołującego wykazała iż prace na które się powołuje zostały zakończone bowiem wcześniej tj. 10 sierpnia 2011 roku. Zupełnie niezrozumiałe są również zarzuty odwołującego, w zakresie analizy charakteru prawnego listu referencyjnego, który zdaniem odwołującego jest autonomiczny w stosunku do oświadczeń, jak również jest dokumentem składanym wyłącznie w celu wykazania, że prace zostały wykonane należycie, nie potwierdza zaś daty wykonania tych prac. Podnieść należy, że zamawiający badając wszelkie dopuszczone prawem dokumenty i oświadczenia nie może pomijać sprzeczności jakie występują pomiędzy nimi w ich treści, takie działanie powodowałoby fikcyjność badania ofert i przyzwolenie na nadużycia oferentów. Nieprawdziwy jest również zarzut odwołującego, jakoby zamawiający nie dokonał analizy wszystkich złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń oraz że nie zwrócił się do wystawcy referencji. Zamawiający podkreślił, że dokonał wnikliwej analizy wszystkich oferty złożonych w przedmiotowym postępowaniu, co potwierdza chociażby długa lista elementów oferty odwołującego podlegających uzupełnieniu. Wreszcie podniósł, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 7 ustawy w sposób równy traktować wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, w związku z czym niedopuszczalnym jest wielokrotne wzywianie wykonawców do przedkładania tego samego dokumentu chyba, że zamawiający w sposób jednoznaczny nie jest w stanie ustalić czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy (tak: wyrok KIO 2470/10),

Zamawiający stoi na stanowisku, że słusznie dokonał wykluczenia odwołującego, albowiem nie wykazał on, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem koniecznymi dla należytego wykonania zamówienia, pomimo wystosowania do niego odrębnego wezwania w tym zakresie, zatem odwołujący nie sanował skutecznie braków oferty, a wskazane w oświadczeniach informacje w świetle zgromadzonych przez zamawiającego dokumentów okazały się nieprawdziwe.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający wskazał, iż zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty dostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 czerwca 2015 roku zamawiający w sposób szczegółowy uzasadnił wykluczenie odwołującego podając obszernie uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne oraz wskazując, iż wykluczenie wykonawcy z prowadzonego przez zamawiającego postępowania jest równoznaczne z odrzuceniem jego oferty stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy.

W dniu 13 lipca 2015r. pismo procesowe złożył także przystępujący wnosząc o nieuwzględnienie odwołania złożonego przez Viatelecome Sp. z o.o. Przystępujący podniósł, że wszystkie zarzuty odwołującego i argumentacja wskazana dla ich poparcia są bezzasadne. Stwierdził, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie oceny ofert niezgodnie z postanowieniami siwz jest całkowicie bezprzedmiotowy. Z treści rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania wynika bowiem, iż zamawiający wziął pod uwagę trzy kryteria, zgodnie z udostępnioną wykonawcom specyfikacją: cenę, termin realizacji zamówienia i okres gwarancji (zawiadomienie z dnia 29.06.2015 r., str. 1 trzeciej akapit). O ile wątpliwości może ewentualnie budzić określenie kolumny w tabeli, w której podane są przyznane wykonawcom punkty, o tyle stwierdzić należy, że Sprint S.A. złożyła zgodną z siwz ofertę. Zaproponowała ona dłuższy od wymaganego przez zamawiającego minimum okres gwarancji, a wobec wykluczenia odwołującego z postępowania, jej oferta była jedyną, jaką zamawiający mógł brać pod uwagę. W tym kontekście ewentualne nieścisłości formalne po stronie zamawiającego nie mają jakiegokolwiek wpływu na merytoryczną ocenę złożonych ofert. Wobec prawidłowego odrzucenia oferty odwołującego podnoszenie na obecnym etapie rzekomych nieprawidłowości w brzmieniu rozstrzygnięcia jest całkowicie jałowe. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał bowiem, iż błędy jakie zarzuca zamawiającego wywarły wpływ na treść rozstrzygnięcia. Hipotetyczne pomyłki po stronie zamawiającego, w zakresie, jaki odwołujący opisuje w punkcie I odwołania, nie rzutowały w żaden sposób na treść

rozstrzygnięcia przetargu. Ponadto zamawiający słusznie dokonał odrzucenia oferty odwołującego, albowiem ten ostatni nie wykazał w sposób dostateczny, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem koniecznymi dla należytego wykonania zamówienia. Nie uczynił tego pomimo wystosowania do niego odrębnego wezwania w tym zakresie, zatem stwierdzić należy, że nie sanował braków oferty, pomimo, iż miał ku temu obowiązek i sposobność. Zamawiający wnikliwie ocenił przedłożone przez odwołującego dokumenty i oświadczenia, a na ich podstawie poprawnie ustalił, iż Viatelecome Sp. z o.o. nie wykazała, aby ona sama lub zaangażowane przez nią osoby trzecie wykonały w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert minimum jedną usługę polegającą na budowie, modernizacji lub rozbudowie sieci publicznych bezprzewodowych punktów dostępowych HotSpot bazującej na Wi-Fi i dystrybuującej ograniczony dostęp szerokopasmowy do sieci Internet w co najmniej 15 różnych lokalizacjach publicznych na terenie zurbanizowanym i o wartości usługi nie mniejszej niż 200.000 zł. Kluczowy dla przystępującego z punktu oceny oferty odwołującego był temporalny aspekt złożonych przez niego referencji. Zgodnie z przedłożonym listem referencyjnym Gminy Błonie na rzecz Teleoptics Sp. z o.o. w dacie 26.03.2012 r. spółka ta wykonała już stosowne usługi. Przystępujący nie zgodził się w związku z powyższym z odwołującym, który podnosi, że w dniu wystawienia listu referencyjnego Teleoptics Sp. z o.o. wciąż była związana zobowiązaniami wynikającymi z umowy. Jeżeli takowe istotnie istniały, to mogły mieć jedynie charakter gwarancyjny. Z treści listu wynika bowiem bezspornie, że przedmiotowe prace zostały wykonane, a nie sposób zakładać, że referencja w tymże brzmieniu mogła zostać w trakcie świadczenia przez Teleoptics Sp. z o.o. opisanych w niej usług. Przyjęcie takiej tezy skutkowałoby stwierdzeniem, że osoba reprezentująca Gminę Błonie dokonała poświadczenia nieprawdy, ze wszystkimi prawnymi konsekwencjami tegoż faktu, w tym koniecznością poniesienia odpowiedzialności karnej. Z punktu widzenia niniejszego postępowania bez znaczenia jest przy tym, w jakiej dokładnie dacie Teleoptics Sp. z o.o. zakończyła wykonanie zleconych jej prac. Stwierdzenie, że miało to miejsce najpóźniej 26.03.2012 r. jest bowiem wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że nie jest spełniony wskazany powyżej wymóg siwz. Zakreślając 3-letni termin liczony wstecz od dnia, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu (tj. 04.06.2015r.), zamawiający wskazał jednoznacznie, że jakiegokolwiek usługi - niezależnie od ich zgodności przedmiotowej z wymogiem siwz - wykonane przed 04.06.2012 r. nie będą stanowiły potwierdzenia spełnienia przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Niesłuszny jest ponadto, w ocenie przystępującego, zarzut odwołującego, jakoby zamawiający nie dokonał analizy wszystkich złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń. Przeciwnie - po stronie zamawiającego wskazać należy wnikliwość w badaniu treści ofert. Przedstawiony przez odwołującego wykaz wskazywał na wykonanie opisanej

wyżej usługi na rzecz Gminy Błonie w terminie 26.03.2012 r. - 26.03.2015 r. Wskazanie to pozostawało całkowicie gołosłowne w świetle - niekwestionowanego przez odwołującego - listu referencyjnego. Jeszcze raz przystępujący podkreślił, że opisane w nim prace musiały być zakończone przed 26.03.2012r. Odwołujący nie przedłożył ponadto żadnego potwierdzenia świadczenia na rzecz Gminy Błonie przedmiotowych usług w okresie późniejszym. Bezzasadna jest, w ocenie przystępującego, w wyżej wymienionym kontekście pretensja i zarzut odwołującego, jakoby zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie okresu, w jakim były świadczone usługi na rzecz Gminy Błonie. W świetle ww. materiałów Gmina Łagiewniki słusznie bowiem przyjęła, że Viatelecome Sp. z o.o. nie wykazała, że w wymaganym przez siwz okresie czasu świadczyła przedmiotowe usługi. Ponadto przystępujący nie podzielił rozumowania odwołującego, jakoby ocena faktu wykonania danych prac, jak również okresu, w jakim miało to miejsce, winna być dokonana wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie. Referencje - zgodnie ze stanowiskiem Viatelecome Sp. z o.o., służyć by zaś miały jedynie potwierdzeniu należytego wykonania prac. O ile zamawiający mógłby zastosować przedmiotową metodologię w sytuacji, gdyby materiały złożone przez wykonawcę były spójne (tj. dokumentowały tę samą usługę), o tyle nie sposób się nią posługiwać, gdy wykonawca wskazuje w wykazie usługę X a dołącza oświadczenie dotyczące usługi Y. W takiej sytuacji zamawiający powinien stwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu, jakie miały potwierdzać dane okoliczności, nie zostały przez wykonawcę spełnione. Nie sposób, zdaniem przystępującego, ponadto pominąć faktu, że w niniejszym postępowaniu odwołujący został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia braków oferty, w reakcji na co przedstawił opisane powyżej dokumenty. O ile zaś jego twierdzenia o konieczności wezwania go do złożenia wyjaśnień mogłyby być zasadne w hipotetycznej sytuacji, w której referencja na rzecz Teleoptics Sp. z o.o. została dołączona do pierwotnej treści oferty. W przypadku, gdy stanowiąc ona miała jej uzupełnienia, nie ma -jak słusznie wskazał zamawiający w treści rozstrzygnięcia postępowania - formalnych możliwości, aby ponownie ją uzupełniać lub wyjaśniać. Dysponując dokumentem, z którego wynika, iż projekt wskazany przez odwołującego został wykonany wcześniej niż trzy lata przed terminem składania ofert, zamawiający podjął słuszną i konieczną decyzję o odrzuceniu oferty Viatelecome Sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu z punktu III odwołania, przystępujący wskazał, że jest on bezzasadny i stanowi próbę nadinterpretacji twierdzeń zamawiającego. Posługując się frazą warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji majątkowej, wiedzy i doświadczenia, zamawiający zarazem jednoznacznie wskazał, czego dotyczyły braki w ofercie odwołującego. Doszukiwanie się w ewentualnym lapsusie językowym zaniechania podstaw

wykluczenia wykonawcy stanowi przykład działania w złej wierze i nie korzysta z ochrony prawnej.

W dniu 14 lipca 2015r. przed otwarciem rozprawy odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie 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: .....**