

Sygn. akt: KIO 116/16

WYROK

z dnia 9 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **STAR ITS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie,**

przy udziale wykonawcy **iKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **STAR ITS Sp. z o.o., KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Bieżące utrzymanie i konserwację urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych oraz innych urządzeń elektrycznych, elektronicznych oraz służących zapewnieniu łączności, związanych z infrastrukturą drogową na terenie Miasta Lublin - II części.*

W dniu 29 stycznia 2016 r. Konsorcjum: STAR ITS Sp. z o.o., KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty iKOM Sp. z o.o. w części I zamówienia oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 24 ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 5.4.1.1. SIWZ za spełniających warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Zamawiający uznawał wykonawców, którzy wykażą (dla Części I) wykonanie lub wykonywanie usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych o łącznej wartości usług nie mniejszej niż 1 200 000 zł brutto, w tym jedna z usług o wartości minimum 600 000 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał załączenia do oferty Wykazu usług (wg załącznika nr 2 do SIWZ) oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. co do zasady – poświadczenia (pkt 6.2.1.2. SIWZ). W pkt 6.2.1.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że przedstawienie dowodów należytego wykonania usług nie jest wymagane, jeżeli podmiotem, na rzecz którego usługa była wykonana jest Zamawiający. Niniejsze postanowienie SIWZ referuje do par. 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które zakłada, że potwierdzenie przez wykonawcę faktu należytego wykonania dostaw, usług lub robót jest zbędne, jeżeli fakt ten jest zamawiającemu znany, gdyż sam był zlecającym i odbiorcą danych prac. Zdaniem Odwołującego, regulacja ta nie likwiduje obowiązku wykazania się przez wykonawcę należyłą realizacją prac, których dotyczy postawiony warunek, a jedynie likwiduje zbędne obciążenie biurokratyczne, tj. konieczność

potwierdzania przez zamawiającego faktów, które i tak są mu znane z powodu tego, że był on odbiorcą zrealizowanych zamówień. W żadnym przypadku regulacja ta nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania się wykonaniem zamówień, do których odnosi się treść warunku, w sposób należyty (z należyłą starannością).

Odwołujący podniósł, że wykonawca iKOM powołał się w wykazie (str. 9 oferty) na realizację dwóch usług z zakresu bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń sygnalizacji świetlnych. Obie usługi były/są realizowane na rzecz Zamawiającego. Wykonawca nie przedstawił w sprawie dowodów należytego wykonania/wykonywania usług, co było dopuszczalne w świetle pkt 6.2.1.3 SIWZ. Niemniej jednak na podstawie posiadanej przez Odwołującego wiedzy dotyczącej sposobu realizacji usługi wskazanej w pkt 1 ww. wykazu, Zamawiający nie ma prawnych możliwości w zakresie potwierdzenia faktu ich należytej realizacji. Przeciwnie, zamówienie, na które powołuje się iKOM w poz. nr 1 wykazu, nie było wykonane należycie, o czym świadczy fakt zapłaty kar umownych. Odwołujący podkreślił, że w umowie nr 339/ZDM/14 z dnia 10 grudnia 2014 r. zawartej pomiędzy iKOM a Zamawiającym w § 10 wskazano wprost, że:

Strony ustalają, że obowiązującą formą odszkodowań (z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy - przyp. aut.) będą kary z następujących tytułów (...).

W ust. 3 niniejszego paragrafu Strony uzgodniły, że w ramach ww. odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary za:

2) nieterminowe wykonanie każdorazowej pracy wskazanej w pisemnym zleceniu lub poleceniu w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na jej wykonanie;

3. W przypadku zwłoki w realizacji prac Zamawiający może żądać od Wykonawcy następujących kar:

1) za każdorazowe przekroczenie terminu 0,5 godziny (liczonego od momentu powiadomienia), w ciągu którego Wykonawca powinien podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii lub nieprawidłowości stwarzających zagrożenie dla użytkowników ruchu - kara w wysokości 500 zł,

2) za każdorazowe przekroczenie terminu usunięcia awarii wyznaczonego przez Zamawiającego w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku awarii, których termin został pisemnej (także faxem lub e-mailem) wyznaczony,

3) za każde przekroczenie dwudniowego terminu usunięcia nieprawidłowości nie stwarzającej bezpośredniego zagrożenia dla użytkowników ruchu, stwierdzonych w trakcie objazdów lub przeglądów, w wysokości 100 zł za każdy dzień zwłoki.

Odwołujący podniósł, że wszelkie przypadki, za których zaistnienie przewidziane zostały dla Zamawiającego tytuły do kar umownych umowa definiuje w § 10 jako formy nienależytego wykonania umowy, za które przysługuje odszkodowanie. Zgodnie zaś z art. 471 Kc, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Tym samym, w zakresie usługi wskazanej w punkcie 1 wykazu usług wykonawcy iKOM doszło kilkakrotnie do rażącego nienależytego wykonania zobowiązania umownego – nienależytej realizacji zamówienia, co stanowiło podstawę naliczenia kar umownych przez Zamawiającego. Odwołujący załączył do odwołania dowody, które w jego ocenie potwierdzają rażące naruszenia umowy nr 339/ZDM/14 z 10 grudnia 2014 r., w postaci kopii:

- notatki służbowej z dnia 2.06.2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej Jana Pawła II - Nadbystrzycka - Krochmalna i noty obciążeniowej nr 1/6/2015 z dnia 2.06.2015 r.
- notatki służbowej z dnia 5.06.2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ul. Jana Pawła II z ul. Kraśnicką i noty obciążeniowej nr 2/6/2015 a dnia 23.06.2015 r.
- notatki służbowej z dnia 12.06.2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej Jana Pawła II - Nadbystrzycka - Krochmalna i noty obciążeniowej nr 3/6/2015 z dnia 23.06.2015 r.
- umowy nr 339/ZDM/14 z 10 grudnia 2014 r.

Odwołujący podniósł, że pojęcie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest równoznaczne z pojęciem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jak wynika natomiast z dyspozycji art. 483 § 1 Kc, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy, tj. kary umownej. Tym samym fakt naliczenia wykonawcy kar umownych wyklucza uznanie zamówienia objętego tą umową za wykonane należycie. Wykonawca jest przedsiębiorcą i na podstawie art. 355 §1 i 2 Kc jest zobowiązany do wykonania zobowiązania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwanie od wykonawcy umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Wykonawca, będący przedsiębiorcą wykonujący umowę w trybie udzielenia zamówienia publicznego, powinien wykonać ją zgodnie z zachowaniem należytej staranności określanej – przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, tj. zgodnie z art. 355 §1 i 2 Kc.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że zamówienie wskazane w poz. 1 wykazu usług nie zostało wykonane należycie, a tym samym iKOM nie mógł posłużyć się nim celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający przy badaniu i ocenie ofert nie uwzględnił powyższej

okoliczności i uznał bezzasadnie, że ww. wykonawca spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy złożone w wykazie oświadczenie powinno być zakwalifikowane jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, skutkujących wykluczeniem z postępowania bez wzywania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w oparciu o dyspozycje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że interpretacja treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przez pryzmat z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Aby zatem stwierdzić zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest przeprowadzenie analizy i ustalenie czy podanie, nawet niezgodnych z rzeczywistością informacji, było świadomym działaniem wykonawcy. Dokonując wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający winien zatem mieć podstawy do przyjęcia, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy informacje wskazane w wykazie były nieprawdziwe, zostały złożone celowo i umyślnie, a intencją iKOM było potwierdzenie wskazaną w poz. nr 1 wykazu usługą warunku odnoszącego się do doświadczenia (wpływ na wynik postępowania). Wykonawca umyślnie i celowo posłużył się więc usługą wykonywaną na rzecz Zamawiającego, spełniającą wymagania co do zakresu, przedmiotu i wielkości postawione wobec usług referencyjnych wskazanych w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo że miał kompletną wiedzę i świadomość, że została ona wykonana nienależycie. Powyższe może prowadzić do wniosku, że wykonawca iKOM mógł prognozować, że Zamawiający nie będzie miał pełnej wiedzy na temat sfery realizacyjnej tego zamówienia i faktu naliczenia w toku realizacji ww. umowy kar umownych za nienależyte wykonanie umowy, jak również że fakt wystawienia not obciążeniowych znany jest ograniczonemu kręgowi pracowników Zamawiającego, np. wyłącznie księgowości. Wykonawca miał pełną wiedzę, że usługa wykonana została nienależycie – we wszystkich bowiem przypadkach naruszeń postanowień umowy został on o tym poinformowany odrębnymi pismami przez Zamawiającego. Podobnie, wykonawcy zostały doręczone noty obciążeniowe, z których wprost wynikało, że naliczone kary umowne są wprost powiązane z ww. naruszeniami. Co więcej, wynagrodzenie wykonawcy, jakie uzyskał on z tytułu świadczenia usługi zostało pomniejszone o kary umowne, które Zamawiający potrącił z tego wynagrodzenia. Tym samym iKOM miał pełną świadomość, że wskazuje w wykazie usługę, która nie była

wykonana należycie, co wprost potwierdza fakt, że złożenie tej informacji nie było omyłkowe czy przypadkowe. Powyższa informacja, zdaniem Odwołującego, miało wpływ na wynik postępowania, dzięki niej bowiem wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Odwołujący zaznaczył, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny, a zaistnienie jej przesłanek zawsze skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy z postępowania przetargowego, przy czym Pzp nie przewiduje konieczności przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania sanacyjnego czy wyjaśniającego poprzedzającego wykluczenie. Zasadność powyższej argumentacji potwierdza też fakt, że przepis, który nakazuje wykluczenie wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje nie zawiera zwrotu „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”.

Dalej Odwołujący podniósł, że w punkcie 5.8. SIWZ Zamawiający wskazał, iż wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający nie wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać wykluczenia iKOM również na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, z uwagi na fakt zaistnienia wszystkich elementów składających się na ww. podstawę do wykluczenia.

Odwołujący podkreślił, że świadczenie usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu i konserwacji urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnej oraz innych urządzeń elektrycznych, elektronicznych oraz służących zapewnieniu łączności, związanych z infrastrukturą drogową ma podstawowe znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa pieszych i użytkowników dróg, zapobiegania kolizjom, wypadkom i innym zdarzeniom narażającym podmioty trzecie na ryzyko śmierci i poniesienia uszczerbku na zdrowiu. Bez prawidłowo działających urządzeń sygnalizacji świetlnej utrzymanie bezpieczeństwa na drogach jest wręcz niemożliwe, a ryzyko wypadków wzrasta diametralnie. Tym samym Odwołujący wskazuje, że z uwagi na charakter ww. usługi, która ma zapewnić przede wszystkim bezpieczeństwo społeczeństwa, w tym pieszych i użytkowników dróg, usługa ta winna być świadczona przez podmiot dający rękojmię należytego wykonania takiej usługi, który cechuje się najwyższym poziomem

profesjonalizmu, gdyż de facto podmiot ten będzie odpowiadał pośrednio za bezpieczeństwo ruchu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty podmiotu, który w realizując w przeszłości usługi bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnej dopuścił się kilkakrotnie poważnego zawinonego naruszenia obowiązków zawodowych w postaci zawinonego nienależytego wykonania zamówienia w okresie 2014-2015 r., a więc w okresie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania.

Odwołujący podniósł, że naruszenia umowy nr 339/ZDM/14 były ewidentne, zawinione, rażące – gdyż stwarzały bezpośrednie niebezpieczeństwo dla użytkowników ruchu i pieszych na drogach i nastąpiły w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Jednocześnie uzasadniona jest teza o rażącym niedbalstwie wykonawcy iKOM, bowiem przy wykonywaniu usługi wskazanej w poz. nr 1 wykazu wykonawca nie respektował i nie zachował elementarnych zasad bezpieczeństwa, zachowując się w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej, ale również miał możliwość i powinność przewidzenia ewentualnych następstw swojego niewłaściwego zachowania w postaci naruszenia bezpieczeństwa ruchu drogowego i bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia użytkowników dróg i pieszych.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający posiada dowody potwierdzające rażące naruszenia umowy nr 339/ZDM/14 z 10 grudnia 2014 r. w postaci notatek służbowych, których kopie Odwołujący załączył do odwołania.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca powinien dowieść, że podjął odpowiednie działania mające na celu zapobieżenie ponownemu naruszeniu obowiązków zawodowych. Chodzi o podjęcie środków zaradczych w odniesieniu do tych aspektów działalności, których wadliwe funkcjonowanie przyczyniło się w przeszłości do wspomnianych wyżej rażących naruszeń postanowień umowy nr 339/ZDM/14. Mając na względzie fakt, że w poz. nr 1 wykazu iKOM została wskazana usługa, która była wykonywana w sposób rażąco nienależyty, wykonawca iKOM, biorąc pod uwagę brzmienie SIWZ, ogłoszenia i art. 24 ust. 2a ustawy Pzp powinien wraz z ww. wykazem przedłożyć jasne i przekonujące dowody potwierdzające wprost podjęcie środków, mających zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości bez odrębnego wezwania. Zdaniem Odwołującego, wobec braku przedłożenia ww. dowodów, również omawianą przesłankę należy uznać za spełnioną wobec wykonawcy iKOM.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy iKOM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, mimo że kumulatywnie spełnione zostały w stosunku do tego podmiotu wszystkie przesłanki wykluczenia przewidziane w tym przepisie, czym dopuścił się

naruszenia ww. normy, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców wskazanej w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący podniósł zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu złożonego na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, nienależyte wykonanie usługi wskazanej w poz. nr 1 wykazu usług powinno skutkować dokonaniem przez Zamawiającego wezwania iKOM do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, tj. uzupełnieni wykazu usług (wg załącznika nr 2 do SIWZ) oraz dowodów (poświadczeń) należytego wykonania lub wykonywania usług. W ocenie Odwołującego Zamawiający, pomimo braku wykazania przez iKOM spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie zastosował obligatoryjnej procedury uzupełnienia, a tym samym naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że osoby wskazane w pkt 3, 4, 7 i 10 wykazu osób złożonego przez wykonawcę iKOM w ramach Części I zamówienia zostały udostępnione przez firmy trzecie na podstawie pisemnych zobowiązań do udostępnienia wskazujących, że z iKOM zostaną zawarte umowy zlecenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 9b Pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą). iKOM nie załączył do oferty oświadczenia o podwykonawcach (wg załącznika nr 8 do SIWZ, w związku z wymaganiami pkt 10.8.3. SIWZ) z czego wynika, że nie zamierza korzystać z podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia (oświadczenie o zakresie podwykonawstwa stanowi treść oferty i nie może być zmienione). W tej sytuacji Zamawiający zaniechał wyjaśnienia, na jakiej podstawie i w jakim zakresie osoby wskazane w pkt 3, 4, 7 i 10 wykazu będą uczestniczyć w realizacji Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy iKOM, względnie zaniechanie uzupełnienia złożonych przez niego dokumentów podmiotowych, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również wynikającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasady wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części nr I, powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

wykluczenia wykonawcy iKOM na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Jako żądanie ewentualne Odwołujący zgłosił wniosek o nakazanie Zamawiającemu: wezwania wykonawcy iKOM do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wezwania do wyjaśnień w przedmiocie podmiotów trzecich, które mają być podwykonawcami.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca iKOM Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 5.4.1.1 SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie części I wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem usług z zakresu bieżącego utrzymania urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych o łącznej wartości usług nie mniejszej niż 1 200 000 zł brutto, w tym jedna z usług o wartości minimum 600 000 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg załącznika nr 2) oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 6.2.1 SIWZ). Zgodnie z punktem 6.2.1.2 SIWZ dowodami, o których mowa w pkt 6.2.1 są:

- 1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- 2) oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 1.

W myśl punktu 6.2.1.3 SIWZ, w przypadku gdy podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie zostały wykonane jest Zamawiający, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w pkt 6.2.1.2.

W punkcie 5.8. SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, że wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający nie wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Przystępujący załączył do oferty wykaz usług (str. 9 oferty), w którym wskazał następujące usługi:

- 1) Bieżące utrzymanie i konserwacja urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych, wykonywana w okresie 01.01.2015-31.01.2016 na rzecz Gminy Lublin, o wartości 783.899,18 zł,
- 2) Bieżące utrzymanie i konserwacja urządzeń ulicznych sygnalizacji świetlnych, wykonana w okresie 01.10.2012-31.12.2014 na rzecz Gminy Lublin, o wartości 704.837,65 zł.

W związku z tym, że odbiorcą ww. usług był Zamawiający, Przystępujący nie złożył dowodów ich należytego wykonania.

Pierwsza z ww. usług była realizowana na podstawie umowy nr 339/ZDM/14 z 10 grudnia 2014 r. (kopia umowy załączona do odwołania). W § 10 umowy ustalono, że obowiązującą formą odszkodowań będą kary umowne m.in. z następujących tytułów:

- a) nieterminowe wykonanie każdorazowej pracy wskazanej w pisemnym zleceniu lub poleceniu w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na jej wykonanie;
- b) zwłoka w realizacji prac:

- za każdorazowe przekroczenie terminu 0,5 godziny (liczonego od momentu powiadomienia), w ciągu którego Wykonawca powinien podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii lub nieprawidłowości stwarzających zagrożenie dla użytkowników ruchu - kara w wysokości 500 zł,
- za każdorazowe przekroczenie terminu usunięcia awarii wyznaczonego przez Zamawiającego w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku awarii, których termin został pisemnej (także faxem lub e-mailem) wyznaczony,
- za każde przekroczenie dwudniowego terminu usunięcia nieprawidłowości nie stwarzającej bezpośredniego zagrożenia dla użytkowników ruchu, stwierdzonych w trakcie objazdów lub przeglądów, w wysokości 100 zł za każdy dzień zwłoki.

Podczas wykonywania umowy, w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 stycznia 2016 r. Przystępujący zrealizował 1124 interwencje w następującym zakresie: awarie sygnalizacji świetlnej – 234 interwencje, bieżące utrzymanie sygnalizacji – 149 interwencji, jednostkowe zlecenia, zgłoszenia Policji, Straży Miejskiej i ZDiM – 186 interwencji, przeglądy cotygodniowe – 555 interwencji (dowód: Dziennik eksploatacji).

W trakcie realizacji przedmiotowej umowy Zamawiający trzykrotnie obciążył Przystępującego karami umownymi:

- 1) kara umowna w wysokości 500,00 zł za przekroczenie terminu 0,5 godz. (od momentu powiadomienia), w którym wykonawca winien podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii lub nieprawidłowości (dowód: kopia notatki służbowej z 2 czerwca 2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej Jana Pawła II – Nadbystrzycka - Krochmalna i noty obciążeniowej nr 1/6/2015 z dnia 2 czerwca 2015 r.),
- 2) kara umowna w wysokości 500,00 zł za przekroczenie terminu 0,5 godz. (od momentu powiadomienia), w którym wykonawca winien podjąć działania zmierzające do usunięcia awarii lub nieprawidłowości (dowód: kopia notatki służbowej z 5 czerwca 2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ul. Jana Pawła II z ul. Kraśnicką i noty obciążeniowej nr 2/6/2015 z 23 czerwca 2015 r.),
- 3) kara umowna w wysokości 2.000,00 zł za 4 dni zwłoki w wykonaniu pracy wskazanej w pisemnym zleceniu – usunięcie awarii w zakresie detekcji pojazdów (dowód: kopia notatki służbowej z 12 czerwca 2015 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej Jana Pawła II - Nadbystrzycka - Krochmalna i noty obciążeniowej nr 3/6/2015 z 23 czerwca 2015 r.

Zamawiający uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania i w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie rozpoznała zarzutów, które zostały podniesione przez Odwołującego dopiero podczas rozprawy, a które dotyczyły innych niż wskazane w odwołaniu przypadków niewywiązania się wykonawcy z obowiązków nałożonych umową. Podczas rozprawy Odwołujący złożył protokoły objazdów kontrolnych, z których wywnioskował, że umowa była nienależycie wykonywana przez siedem z dwunastu miesięcy, o czym miał świadczyć fakt obniżenia przez Zamawiającego miesięcznych wynagrodzeń ryczałtowych. Ponadto Odwołujący powołał na rozprawie inne przypadki usunięcia awarii po terminie określonym umową, wynikające – jego zdaniem – ze złożonego przez Zamawiającego Dziennika eksploatacji. Natomiast w odwołaniu zostały podniesione wyłącznie trzy przypadki obciążenia Przystępującego karami umownymi, które w ocenie Odwołującego świadczyły o nienależytym wykonaniu umowy (str. 5-6 odwołania). W żadnym fragmencie odwołania Odwołujący nie wskazał, że upatruje faktu należytego wykonania umowy w zaistnieniu nieprawidłowości w toku comiesięcznych przeglądów, po dokonaniu których zamawiający miał obniżyć miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, czy w informacjach wynikających z Dziennika eksploatacji.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczają podniesione w odwołaniu zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane tak co do okoliczności prawnych, jak i ich podstawy faktycznej, zarzut tworzy bowiem nie tylko jego podstawa prawna, ale również okoliczności faktyczne, które leżą u podstaw zarzucanego zamawiającemu naruszenia przepisów. Nie jest dopuszczalne określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, przy jednoczesnym potraktowaniu zakresu faktycznego zarzutu jako możliwego do doprecyzowania/rozszerzenia po upływie terminu na wniesienie odwołania. Wskazanie nowych okoliczności faktycznych stanowiących wypełnienie dyspozycji tego samego przepisu stanowi nowy zarzut. W odwołaniu w sposób wyraźny i jednoznaczny upatrywano nienależytego wykonania umowy w fakcie zaistnienia zdarzeń ściśle w odwołaniu wskazanych, które stanowiły podstawy nałożenia kar umownych. Powoływanie się przez Odwołującego podczas rozprawy na inne – niż przedstawione w odwołaniu – przypadki nienależytego wykonania umowy, nie było przedstawianiem argumentacji i dowodów na poparcie podniesionych zarzutów, ale w istocie stanowiło sformułowanie nowych zarzutów, z którymi zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie mogli się zapoznać i zająć wobec nich stanowiska. Zarzuty te, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mogły być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

W związku z powyższym Izba oceniła, czy Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania wyłącznie w związku z okolicznościami faktycznymi wskazanymi w treści odwołania.

W ocenie Izby, zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, tak na podstawie art. 24 ust. 2a, jak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, są niezasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Izba stanęła na stanowisku, że okoliczności wskazane w odwołaniu (bezsporne między stronami) nie stanowią podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania. Nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Przepis ten wymaga zaistnienia po stronie wykonawcy zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Celem tego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień tak dalece uchybili swoim obowiązkom, że dalsza współpraca z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Nie może on być natomiast stosowany do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji umowy zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali.

Podkreślić należy, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp odwołuje się do nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi – na podstawie tego przepisu – przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W związku z tym

ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki.

Kwestionowane przez Odwołującego zamówienie polegało na bieżącym długotrwałym wykonywaniu szeregu drobnych usług, których skala – jak zostało wykazane – to 1124 interwencje podczas 13 miesięcy realizacji umowy. Fakt wystąpienia zwłoki w usunięciu trzech awarii (przy czym okres zwłoki w dwóch przypadkach to pół godziny, a w jednym przypadku 4 dni), nie może być uznany za nienależyte wykonanie umowy w stopniu kwalifikowanym, uzasadniające zastosowanie sankcji z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce poważne naruszenia obowiązków zawodowych. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne. Stosowanie w takich sytuacjach art. 24 ust. 2a ustawy Pzp prowadziłoby do wypaczenia celu tego przepisu i do nieuzasadnionego, masowego wykluczania wykonawców z postępowania, w praktyce bowiem niewiele umów (zwłaszcza podobnych rodzajowo do ocenianej w niniejszej sprawie) jest realizowanych bez żadnych, chociażby drobnych uchybień.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że nie jest wykazane, aby okoliczności skutkujące zapłatą kar umownych były przez niego zawinione. Przystępujący złożył na tę okoliczność wydruki logów ze sterownika sygnalizacji świetlnej, z których jednak nie sposób wywieść, że opóźnienia w usuwaniu awarii były przez wykonawcę niezawinione (a przynajmniej Przystępujący nie przedstawił logicznego wyводу pozwalającego taki wniosek wyprowadzić). W związku z faktem, że kary umowne zastrzeżone były na wypadek zwłoki (a więc zawinionego opóźnienia), a Przystępujący nie zakwestionował na drodze prawnej zasadności obciążenia go karami umownymi, Izba nie miała podstaw przyjąć, że okoliczności skutkujące zapłatą kar umownych były przez wykonawcę niezawinione. Niezależnie jednak od tego – jak wskazano powyżej – rodzaj i zakres uchybień, które wystąpiły przy wykonywaniu umowy, nie uzasadniały wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba nie stwierdziła, aby przedstawione przez Przystępującego informacje

dotyczące jego wiedzy i doświadczenia były nieprawdziwe i wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania przez wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie, iż określone informacje są nieprawdziwe, tak na gruncie ogólnych reguł języka polskiego, jak i w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może odnosić się wyłącznie do informacji o pewnych faktach, o obiektywnie istniejącej rzeczywistości, tylko one bowiem podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu. Informacje zawarte w wykazie usług, które przedstawiały nazwę zamówienia, jego wartość, czas realizacji i odbiorcę były zgodne ze stanem faktycznym – zgodność żadnej z powyższych informacji z prawdą nie była przez Odwołującego kwestionowana. Natomiast kwestia tego, czy zamówienie wskazane w poz. 1 złożonego przez Przystępującego wykazu usług było wykonane należycie, jest kwestią oceny, w dodatku dokonywanej na podstawie pewnych klauzul generalnych. W odniesieniu do jakości wykonania zamówienia nieprawdziwe informacje mogłyby potencjalnie dotyczyć określonych faktów, które tę ocenę determinują, nie zaś samej oceny, której zresztą Przystępujący nie znał składając ofertę, mógł natomiast subiektywnie uznawać zamówienie za wykonane należycie. Przystępujący nie informował Zamawiającego o żadnych faktach, które mogłyby mieć wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę, np. nie złożył dokumentów, które fałszywie potwierdzałyby, że realizacja umowy przebiegła bez żadnych uchybień (co zresztą byłoby trudne, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający był odbiorcą usług). W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że składając wykaz usług Przystępujący podał informacje niezgodne z rzeczywistością. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wyłącznie informacje o zrealizowanej umowie, a jakość wykonania tej umowy poddał ocenie Zamawiającego, który był odbiorcą usług, w związku z czym dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi tej oceny dokonać, w tym informacjami o przypadkach i przyczynach obciążenia Przystępującego karami umownymi. Nie sposób natomiast przyjąć, że przez sam fakt ujęcia spornego zamówienia w wykazie usług Przystępujący w sposób dorozumiany przedstawił nieprawdziwe informacje, wprowadzając Zamawiającego w błąd.

Zarzuty ewentualne, dotyczące zaniechania zastosowania przez Zamawiającego procedur określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego, przedstawionego we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba doszła do przekonania, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jest niezasadny.

Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zastosowanie procedury określonej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, o ile ustali on, że wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów, w niniejszej sprawie – dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby nie ma podstaw do twierdzenia, że Przystępujący takich dokumentów nie złożył. Do oferty Przystępującego został załączony wykaz usług wymaganych postanowieniami SIWZ, a w związku z faktem, że odbiorcą tych usług był Zamawiający, brak było obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W przypadku jednego z wykazanych zamówień wystąpiły przypadki naliczenia kar umownych, co jednak nie uprawnia do wniosku, że realizacji całego zamówienia nie można uznać za należyta. Izba stanęła na stanowisku, że jeżeli skala i stopień uchybienia obowiązkom wynikających z umowy w porównaniu do zakresu usług wykonanego bez uchybień jest nieistotna, realizacja całej umowy może być oceniona jako należyta. Tak jak w przypadku robót budowlanych przyjmuje się, że usterkowy odbiór robót nie stanowi przeszkody w powoływaniu się na takie roboty jako należycie wykonane, jeżeli stwierdzone uchybienia są drobne i nie zmieniają jakości całego przedmiotu robót, tak samo – zdaniem Izby – należy oceniać kwestię należytego wykonania zamówień obejmujących usługi. Umowa, która została wykonana tak, że jej cel został osiągnięty, a jakość co do zasady nie odbiegała od wymagań określonych w umowie, może być uznana za należyte wykonaną, nawet jeśli w toku realizacji pojawiły się uchybienia, które w praktyce niemal zawsze się pojawiają.

Wobec powyższego bezzasadna jest teza, że Przystępujący nie złożył dokumentów, które potwierdzały spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, w związku z czym powinien być wezwany do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wyjaśnienia wykazu osób w kontekście treści oferty odnoszącej się do podwykonawstwa Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 6.2.3).

Zgodnie z punktem 10.8.3 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom (wg załącznika nr 8) – w przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom.

Przystępujący załączył do oferty wykaz osób (str. 13-17 oferty), w którym w poz. 3, 4, 7 i 10 osoby, co do których oświadczył, że są one oddane do dyspozycji przez podmioty trzecie. Przystępujący złożył również zobowiązania tych podmiotów:

- 1) Zakładu Urządzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W. B., do udostępnienia wykonawcy osób pełniących funkcję w zakresie eksploatacji, obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1kV;
- 2) Fibrex Sp. z o.o., do udostępnienia wykonawcy osoby pełniącej funkcję serwisanta sieci światłowodowych;
- 3) A-ster s.c. Zakład Elektroniki i Automatyki Przemysłowej, do udostępnienia wykonawcy osoby posiadającej znajomości oprogramowania Epics, Balance, Vissim.

W treści zobowiązań jako charakter stosunku łączącego podmiot udostępniający z wykonawcą wskazano odpowiednio:

- 1) Umowa zlecenia dla zajmowania się eksploatacją, obsługą, konserwacją, remontem, montażem kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych o napięciu nie wyższym niż 1kV;
- 2) Umowa zlecenia dla serwisanta sieci światłowodowych,
- 3) Umowa zlecenia dla osoby posiadającej znajomości oprogramowania Epics, Balance, Vissim.

W treści oferty Przystępujący nie wskazał zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podmiotom udostępniającym ww. osoby.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie jest bezzasadny.

Z faktu, że określone osoby będą pracować dla wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia w żaden sposób nie wynika, że te osoby lub podmioty, które zobowiązały się je udostępnić, będą podwykonawcami. Z dokumentów załączonych do oferty wynika jedynie tyle, że osoby wskazane w wykazie będą wchodzić w skład personelu, przy pomocy którego wykonawca będzie realizował zamówienie, nie zaś że są one podmiotami, którym wykonawca powierzy wykonanie wyodrębnionej części zamówienia. Złożone dokumenty nie zawierają żadnych informacji, z których można by wyprowadzić wniosek o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom.

Podkreślić należy, że zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy nie można wywieść z faktu wskazania w odniesieniu do udostępnionych osób zakresu czynności, które będą wykonywać. Wskazanie tego zakresu wynika z wymagań SIWZ, a o błędnym wnioskowaniu Odwołującego może świadczyć chociażby fakt, że w odniesieniu do czynności z zakresu bieżącego utrzymania sygnalizacji Przystępujący wskazał w wykazie sześć osób, z których cztery są pracownikami Przystępującego, a jedynie dwie zostały wskazane jako udostępnione przez podmiot trzeci. Zatem wskazanie, że udostępnione osoby będą wykonywać czynności bieżącego utrzymania sygnalizacji nie uprawnia do wniosku, że ta część zamówienia będzie powierzona podwykonawcy. Przeciwnie, osoby kwestionowane w odwołaniu wejdą w skład personelu wykonawcy, który będzie odpowiadał za ich działania jak za swoje własne. Co więcej, z treści złożonych zobowiązań wynika, że na etapie realizacji zamówienia osoby te będą w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy na podstawie umów zlecenia, będą więc stanowić potencjał własny wykonawcy.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła istnienia wymagającej wyjaśnienia sprzeczności w dokumentach ofertowych Przystępującego.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....