

Sygn. akt: KIO/UZP 2432/10

WYROK
z dnia 19 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Robert Skrzyszewski
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Project Management Intertecno sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej, Av. De Tervuern 282-284 1150 Bruksela, Belgia** protestu z dnia 19 października 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Project Management Intertecno sp. z o.o., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Project Management Intertecno sp. z o.o., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 400 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) przez **Project Management Intertecno sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa** na rzecz **Stałe Przedstawicielstwo RP przy Unii Europejskiej, Av. De Tervuern 282-284 1150 Bruksela, Belgia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Project Management Intertecno sp. z o.o. ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Stałe Przedstawicielstwo RP w Brukseli (Belgia), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług zarządzania, realizacją inwestycji polegającą na przebudowie, modernizacji i wyposażeniu budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 232-332468) w dniu 2 grudnia 2009 r.

W dniu 12 października 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego się Project Management Intertecno sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wykonawca Project Management Intertecno sp. z o.o. wniósł protest na powyższe czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 Pzp, art. 182 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, art. 181 ust. 2a Pzp, przez:

1) zaniechanie unieważnienia postępowania z winy zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6, jak i art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 182 ust. 1 Pzp, w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości, jak i zasadę wyłączności udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp i zakazu zawarcia umowy przez zamawiającego do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu;

2) bezpodstawne wykluczenie odwołującego w związku z bezzasadnym uznaniem, iż złożone przez odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierają błędy, skutkujące brakiem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumenty uzupełnione nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,

3) bezpodstawne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w sytuacji, kiedy nie zachodzi przesłanka wykluczenia określona w tym przepisie, a zamawiający dokonał naruszenia art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 3 oraz art. 181 ust. 2a Pzp.

Wykonawca wniósł o:

(a) unieważnienie postępowania z uwagi na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 Pzp,

alternatywnie o:

(b) unieważnienie czynności: wykluczenia PMI z postępowania i unieważnienia postępowania,

(c) przywrócenie PMI do postępowania;

(d) dokonanie oceny ważnych ofert złożonych w postępowaniu;

(e) dokonanie wyboru oferty złożonej przez PMI jako najkorzystniejszej.

W ocenie wykonawcy popełnione błędy, uchybienia i naruszenia ustawy Pzp przez zamawiającego stanowią rażące naruszenie porządku prawnego Pzp. Zdaniem wykonawcy, celem nadrzędnym zamawiającego nie było udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami, ale unieważnienie postępowania za wszelką cenę, w celu „konwalidowania” czynności, polegającej na udzieleniu zamówienia poza systemem zamówień publicznych.

Wykonawca wskazał, że w dniu 15 czerwca 2010r. zamawiający przyznał w toku rozprawy przed KIO, iż zawarł umowy opiewające na kwotę 120.000 euro na usługi

wchodzące w zakres przedmiotowego zamówienia. Zdaniem wykonawcy udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na część zamówienia w trakcie trwania postępowania odwoławczego było niedopuszczalne, gdyż zarówno z treści siwz, jak i ogłoszenia o zamówieniu nie wynikało, aby przedmiot zamówienia można było dzielić na części.

Zamawiający w sposób bezsporny naruszył w ten sposób art. 7 Pzp. Zamawiający słusznie wywiódł przesłanki nieważności postępowania (art. 93 ust.1 pkt 7), przy czym nie dopatrył się własnej winy w podstawie tegoż unieważnienia. Zamawiający wnosił bowiem o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 144 ust. 1 i 3 Pzp i taką też ewentualną podstawę unieważnienia postępowania rozstrzygała KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2010r. Tym czasem, aby mówić o unieważnieniu postępowania musi dojść do wykazania jednej z przesłanek z art. 146 ust. 1 Ustawy w powiązaniu z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający w obawie przed swoją odpowiedzialnością takiego wskazania nie dokonał, a w świetle zaistniałych okoliczności faktycznych oczywistym jest, iż udzielił zamówienia bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej, w szczególności zawarł umowę bez wymaganej zgody przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jak i w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowaniu, czym zostały spełnione przesłanki z art. 146 ust. 2 i 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wykonawca zaznaczył, iż umowy, zawarte w dniach 28 kwietnia 2010r. oraz 6 maja 2010r. na część świadczeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia są nieważne, co potwierdziła również KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2010r. W niniejszej sprawie zachodzi ewidentna nieważność zawartych umów na część świadczeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia na podstawie art. 58 § 1 KC, bowiem zamawiający pominął przepisy ustawy Pzp przy udzielaniu zamówienia. Wydatkowanie środków na realizację takiej umowy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114). Podniósł, iż zamawiający do dnia dzisiejszego nie dokonał wypowiedzenia ww. umów. Co więcej zamawiający przyznał, iż część usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia realizuje sam „we własnym zakresie” od 5 marca 2010r, kiedy to został zawarty kontrakt na roboty budowlane odnośnie rozbudowy i modernizacji budynku znajdującego się przy Rue Stevin 139 w 1000 Brukseli.

Unieważnienie postępowania w zaistniałej sytuacji jest konieczne z uwagi na realizację usług wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia już od blisko 7 miesięcy.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia PMI i unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący podniósł, co następuje.

I. Kwestia Polisy ubezpieczeniowej i jej uzupełnienia.

W pkt. 5.2.3 siwz zamawiający żądał posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, z sumą ubezpieczenia nie mniejszą niż 1.000 000 euro. Zamawiający przyjął irracjonalne założenie, że w przypadku przedłożenia przez wykonawcę polisy z sumą ubezpieczenia wyrażoną w walucie innej niż euro, wartość kwoty ubezpieczenia zostanie przeliczona według kursu wymiany walut w stosunku do euro, ogłaszanego przez Europejski Bank Centralny z ostatniego dnia przed dniem upływu terminu składania ofert, tj. z dnia 6 stycznia 2010r. Zamawiający zarzucił, iż skoro polisa załączona do oferty opiewa na kwotę 4.000.000 złotych, to jest niższa niż wymagane 1.000.000 euro.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca, aby otrzymać polisę, w której musiało się znaleźć wyraźne odniesienie do umowy (warunek 14.4.1 pkt f siwz), musiał z wyprzedzeniem wystąpić o wydanie takiej polisy. Wykonawcy zobowiązani byli wystąpić i otrzymać polisę w dniu 6 stycznia 2010r., aby mieć pewność, iż wartość kwoty ubezpieczenia wyrażona w złotych będzie adekwatna do kursu żadanego przez zamawiającego. PMI wskazał, iż uzyskanie polisy w ciągu jednego dnia o wartości przeliczeniowej z tegoż dnia było niemożliwe. Dlatego też zastosowany przez PMI i ubezpieczyciela uśredniony kurs ogłoszony przez UZP, przyjęty dla progów w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych było działaniem profesjonalnym. W ocenie odwołującego, przedłożona w ofercie polisa ubezpieczeniowa czyni zadość postawionym wymogom, nie mniej, w celu spełnienia żądania zamawiającego, wykonawca wystąpił do ubezpieczyciela o wydanie polisy zgodnie z żądaniem.

Zarzut, jakoby Polisa nr PO/0033828/2010 przedłożona przez PMI w ramach uzupełnienia dokumentów nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert jest także niezasadny. Odwołujący wskazał, że ubezpieczyciel nie mógł wystawić na rzecz PMI polisy ze zmienioną wartością ubezpieczenia z datą wsteczną. Zamawiający czyniąc zarzut na obecnym etapie postępowania, iż uzupełniona Polisa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert potwierdza, iż żądał uzupełnienia dokumentu niemożliwego (antydatowanego).

II. Kwestia dysponowania przez PMI osobami posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia.

W ramach uzupełnienia dokumentów odwołujący wskazał, iż na stanowisko „Electrical & Instrumentation Engineer” dedykuje dwie osoby p. K. oraz z ostrożności p. Z., z uwagi na fakt, iż w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe dedykowanie jednej osoby na to stanowisko, która skupiałaby uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym również słaboprądowych,

teletechnicznych, teleinformatycznych, automatyki i BMS, gdyż uprawnienia elektryka i uprawnienia teletechnika są odrębnymi uprawnieniami.

PMI zwrócił uwagę, iż uprawnienia budowlane p. K. wydane na podstawie ustawy z dnia 31 stycznia 1961r. - prawo budowlane oraz rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962r. w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym dedykują go do sprawowania stanowiska „Electrical & Instrumentation Engineer” samodzielnie. Uprawnienia budowlane wydane w roku 1968 (na podstawie ustawy z dnia 31 stycznia 1961r. -prawo budowlane) w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych obejmują zarówno instalacje słaboprądowe, jak i teletechniczne. W ówczesnym bowiem stanie prawnym -ustawa z dnia 31 stycznia 1961r. - prawo budowlane nie było takiego podziału jaki jest obecnie. Osoby, które uzyskiwały uprawnienie budowlane w specjalności instalacji elektrycznych automatycznie uzyskiwały uprawnienia teletechniczne, kiedy te były wprowadzane kolejnymi zmianami ustawy Prawo budowlane w latach 70-tych. Zatem osoba p. K. spełnia warunek z pkt 5.2.5d siwz.

Wskazana powyżej osoba posiada również wymagane poświadczenie bezpieczeństwa. Twierdzenie, iż nie zostało przedłożone zaświadczenie potwierdzające, iż osoba ta odbyła szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych jest niezrozumiałe, gdyż aby otrzymać poświadczenie bezpieczeństwa należy odbyć szkolenie, co jest warunkiem sine qua non uzyskania poświadczenia bezpieczeństwa. Zatem posiadane poświadczenie bezpieczeństwa potwierdza, iż ww. osoba odbyła szkolenie. Kwestie te wynikają z ustawy o dostępie do informacji niejawnych (art. 18 ust. 5, art. 20, art. 22).

Odwołujący uznał, iż podnoszony przez zamawiającego brak skreślenia w poświadczeniu bezpieczeństwa ani klauzuli „poufne”, ani „zastrzeżone” jest nieuzasadniony, gdyż zapis w dokumentach „poufne/zastrzeżone” świadczy o tym, że posiada on poświadczenie dla obu tych stopni, a nie tylko do zastrzeżonych. Skreślenie jest konieczne wówczas, gdy posiada się dostęp tylko do niższego stopnia.

Odwołujący wskazał również, iż do oferty załączono dokumentację odnośnie osoby p. Włodzimierza C., którą zamawiający błędnie zanalizował. Osoba ta posiada wymagane certyfikaty Twierdzenie, iż ważność przedstawionego poświadczenia bezpieczeństwa wygasła 23 lutego 2007 r. nie jest prawdziwe. Zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji niejawnych, poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych wyższą klauzulą tajności uprawnia do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych niższą klauzulą tajności wyłącznie w zakresie określonym w art. 3. Zgodnie z ust. 2 - poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą "ściśle tajne" uprawnia do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą:

- 1) "tajne" - przez okres 7 lat od daty wystawienia;
- 2) "poufne" albo "zastrzeżone" - przez okres 10 lat od daty wystawienia.

Z kolei, zgodnie z ust. 3 poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą "tajne" uprawnia do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą "poufne" albo "zastrzeżone" przez okres 10 lat od daty wystawienia. Tym samym p. Włodzimierz C. wciąż posiada ważne dopuszczenie do informacji o klauzuli „tajne” do 22.02.2011r.

III. Kwestia braku wniesienia przez PMI wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie dopełnił wymogu z art. 181 ust. 2a Pzp i nie wezwał odwołującego, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający nie spełnił również dyspozycji art. 46 ust. 2 i 3 Pzp nie zwracając gwarancji wadium pomimo wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nie żądając ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium (wadium winno być zwrócone) na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3, jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Zamawiający, pismem z 17 września 2010r., poinformował o unieważnieniu czynności wykluczenia PMI z postępowania po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, zatem winien był wezwać wykonawcę do ponownego wniesienia wadium. Wykonawca z ostrożności sam przedłożył Zmianę nr 5 z dnia 10 września 2010r. do Gwarancji przetargowej nr GK10-0040009 z dnia 4 stycznia 2010r. potwierdzającą, iż oferta jest i była zabezpieczona wadium. Ciągłość zabezpieczenia oferty wadium potwierdzają również daty wystawienia zmian do gwarancji przetargowej.

Wskazał na orzecznictwo KIO, iż w sytuacji zaskarżenia czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty dopuszczalna jest sytuacja, w której wadium wygaśnie lub zostanie zwrócone na etapie postępowania protestacyjno -odwoławczego, a po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu zostanie ponownie wniesione (Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009r. KIO/UZP 19/09). Zdaniem PMI, ewidentne naruszenie przepisów Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłużenia ważności wadium, jak i nie żądanie ponownego wniesienia wadium, stanowi samodzielne przesłanki unieważnienia postępowania, w przypadku wykluczenia PMI wyłącznie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający oddalił protest. Zamawiający wskazał, że fakt zawarcia umów na świadczenie usług nadzoru budowlanego robót oraz dokumentacji wykonawczej w branżach

konstrukcyjno-budowlanej oraz w branży mechanicznej i elektrycznej w odrębnym postępowaniu w trybie przewidzianym przepisami ustawy Pzp, nie może być podnoszony jako zarzut unieważnienia przedmiotowego postępowania z winy zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego powołaną w proteście.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący ani w ofercie, ani też w wyniku uzupełnienia dokumentów nie przedłożył dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, obowiązującego i ważnego na dzień składania ofert, tj. 7 stycznia 2010 r. i opiewającego na sumę ubezpieczenia minimum 1 000 000 euro.

Odwołujący nie przedstawił także, zdaniem zamawiającego, wymaganych kompletnych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. poświadczenia bezpieczeństwa, wydanego zgodnie z ustawą z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych, z uwagi na brak dokumentów potwierdzających odbycie szkolenia z zakresu ochrony informacji niejawnych.

Zamawiający uznał za niezasadny również zarzut odnoszący się do nieprawidłowej oceny przez zamawiającego skuteczności zabezpieczenia wadium oferty złożonej przez PMI. Wskazał, iż bez znaczenia jest okoliczność, iż gwarant przedłużył ważność udzielonej gwarancji w dacie obowiązywania poprzedniej aktualizacji. Wadium na przedłużony okres nie zostało skutecznie wniesione, gdyż najpóźniej w dniu upływu terminu ważności informacja o przedłużeniu wraz oryginałem dokumentu potwierdzającego te okoliczność nie została doręczona do zamawiającego.

We wniesionym odwołaniu wykonawca podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w proteście i podniósł jak w proteście naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 7 i art. 182 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 3 w zw. z art. 181 ust. 2a Pzp.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- (a) unieważnienia postępowania z winy zamawiającego z uwagi na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 oraz 182 ust.1 Pzp, ewentualnie:
- (b) nakazanie unieważnienia czynności: wykluczeniu PMI z postępowania, unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,
- (c) nakazanie przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu,
- (d) nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, jak i nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

- (e) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Eugeniusza K. na okoliczności wskazane w odwołaniu,
- (f) przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

Odwołujący powtórzył w odwołaniu argumentację zawartą w proteście. Sprostował oczywistą omyłkę pisarską z protestu, iż doszło do naruszenia art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 i art. 46 ust. 3 Pzp, podczas gdy doszło do naruszenia art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (27 listopada 2009 r.) Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie uwzględniła zarzutu zamawiającego co do braku interesu prawnego odwołującego wobec nie wniesienia lub nie przedłużenia wadium zabezpieczającego ofertę. Izba zważyła, iż podniesiony w tym zakresie zarzut w odwołaniu uzasadnia interes prawny odwołującego. W ocenie Izby, zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania z winy zamawiającego nie stanowi przeszkody w uznaniu legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów odwołania, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że zarzut zaniechania unieważnienia postępowania z winy zamawiającego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i 6, jak i art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 182 ust.1 Pzp, został podniesiony z uchybieniem terminu na wniesienie protestu w powyższym zakresie. Odwołujący potwierdził w treści odwołania oraz w toku rozprawy, iż o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu, a zatem i wniesienia protestu w powyższym zakresie, dowiedział się w dniu 15 czerwca 2010 r. Stwierdził, że „dopiero ujawnienie na rozprawie 15 czerwca 2010 r. wartości zawartych umów na usługi przedmiotowego postępowania, jak i trybu ich udzielenia (art. 67 ust. 1 pkt 10 Pzp) pozwoliło PMI na sformułowanie powyższego zarzutu”. W powyższym terminie odwołujący powziął wiadomość o zawarciu przez zamawiającego w dniach 28 kwietnia 2010 r. oraz 6 maja 2010 r. kwestionowanych przez odwołującego umów. Wobec powyższego, stosownie do dyspozycji art. 180 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie protestu w omówionym powyżej zakresie upłynął w dziesiątym dniu, licząc od dnia 15 czerwca 2010 r.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z uznaniem przez zamawiającego, iż złożone przez odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierają błędy, skutkujące brakiem potwierdzenia przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumenty uzupełnione nie potwierdzają spełniania tych warunków.

Izba ustaliła, iż w pkt. 5.2.3 siwz zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, z sumą ubezpieczenia nie mniejszą niż 1.000 000 euro. Zamawiający wymagał (Część I pkt 6.8 siwz), w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku, złożenia w ofercie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 euro. Zamawiający wskazał przy tym, że w przypadku przedłożenia przez wykonawcę polisy z sumą ubezpieczenia wyrażoną w walucie innej niż euro, wartość kwoty ubezpieczenia zostanie przeliczona według kursu wymiany walut, w stosunku do euro, ogłaszanego przez Europejski Bank Centralny z ostatniego dnia przed dniem upływu terminu składania ofert.

Złożona przez odwołującego w ofercie polisa (na kwotę 4 000 000 zł) (str. 20, 21oferty) nie obejmowała ubezpieczenia na kwotę wymaganą w specyfikacji, z uwzględnieniem kursu euro wskazanego w siwz. W toku postępowania odwołujący nie

zaprzeczał temu faktowi. Odwołujący wskazywał jednak, iż przyjęty przez zamawiającego warunek w powyższym zakresie został sformułowany w sposób nieracjonalny i niemożliwy do spełnienia. W istocie zatem, zarzut ten dotyczy treści postanowień specyfikacji, który na tym etapie postępowania należy uznać za spóźniony. Odwołujący, wobec nie zgadzania się z treścią warunku udziału w postępowaniu, był uprawniony w ustawowym terminie, do wniesienia protestu na treść postanowienia siwz. Wobec braku skorzystania przez wykonawcę z tego prawa, odwołujący utracił możliwość kwestionowania treści warunku.

Wobec uzasadnionego zatem uznania, że złożona w ofercie polisa nie potwierdza spełnienia warunku, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu (pismo z dnia 17 września 2010 r.). Odwołujący w dniu 24 września 2010 r. złożył polisę nr PO/0033828/2010, potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia od dnia 23 września 2010 r. do dnia 22 września 2011 r., co wynika z jej treści oraz co nie było kwestionowane przez odwołującego w toku postępowania. Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 (in fine) Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin obowiązywania zawartej przez odwołującego umowy ubezpieczenia wskazuje jednoznacznie, iż złożona polisa nie potwierdza spełniania warunku nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert (termin ten upłynął w dniu 7 stycznia 2010r.). Tym samym, wobec braku możliwości ponownego wezwania odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu, należało uznać, iż odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zawartego w pkt 5.2.3 specyfikacji, co stanowi postawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający, w pkt 5.2.5 lit. d) specyfikacji żądał dysponowania co najmniej jedną osobą na stanowisko „Elektrical & Instrumentation Engenier”, tj. Inspektora Nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym też słaboprądowych, teletechnicznych, teleinformatycznych, automatyki i BMS, posiadającej m.in. „aktualne poświadczenie bezpieczeństwa wydane zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „poufne” lub inny dokument, który zgodnie z umowami międzynarodowymi zawartymi przez Polskę z innymi państwami upoważnia ich do dostępu do informacji niejawnych o tej klauzuli oraz odbyła szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych (dotyczy tylko osób posiadających poświadczenie bezpieczeństwa wydane przez polskie organy)”. W pkt 6.10 siwz zamawiający wymagał złożenia w celu potwierdzenia spełniania tego warunku – wykazu osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia oraz aktualnego poświadczenia bezpieczeństwa lub innych dokumentów, o których mowa w treści

warunku, a także zaświadczenia o odbytych szkoleniach z zakresu ochrony informacji niejawnych.

W odniesieniu do powyższego wymogu odwołujący złożył w ofercie wykaz osób, w którym wskazał trzy osoby do pełnienia ww. funkcji, jednakże tylko dla jednej z nich, tj. p. Włodzimierza C. złożył w ofercie poświadczenie bezpieczeństwa (strona 104 oferty). Odwołujący nie przedłożył natomiast zaświadczenia o odbyciu szkolenia z ochrony informacji niejawnych przez tę osobę.

W wyniku wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów, w dniu 24 września 2010 r., odwołujący przedłożył zamawiającemu nowy wykaz osób ze wskazaniem p. Edwarda K. i p. Andrzeja Z., przy czym wymagane poświadczenie bezpieczeństwa zostało złożone tylko dla p. Edwarda K. Jednocześnie odwołujący nie złożył zaświadczenia o odbyciu szkolenia z ochrony informacji niejawnych dla tej osoby. W odniesieniu do p. Andrzeja Z. odwołujący nie złożył żadnych dokumentów wymaganych w specyfikacji w omawianym zakresie.

Odwołujący nie kwestionował powyższych okoliczności w toku postępowania. Twierdził natomiast, że aby otrzymać poświadczenie bezpieczeństwa należy odbyć szkolenie, co jest warunkiem sine qua non dla uzyskania poświadczenia bezpieczeństwa, a zatem, posiadane przez p. Edwarda K. i złożone w ramach uzupełnienia dokumentów poświadczenie bezpieczeństwa potwierdza zarazem, iż odbył on wymagane szkolenie, wobec czego zaświadczenie nie jest w tym przypadku wymagane.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska. W przedmiotowym postępowaniu wymóg dotyczący złożenia zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Jak słusznie zauważył zamawiający, postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Pzp. (tak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca 398/05) Ustalone dla danego postępowania warunki i zasady obowiązują bezwzględnie zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W szczególności dotyczy to warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania przez wykonawców.

Wobec powyższego, nie złożenie wymaganego w specyfikacji dokumentu stanowi podstawę do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Uwzględniając okoliczność, iż odwołujący był wzywany do uzupełnienia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie jest możliwe ponowne uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów w takim samym zakresie.

Podkreślić także należy, że wobec złożenia przez odwołującego, poprzez uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nowego oświadczenia w formie wykazu osób, nie

może być pomimo to badany w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokument załączony pierwotnie do oferty, odnoszący się do osoby p. Włodzimierza C. W uzupełnionym (nowym) wykazie osób odwołujący, wskazując dwie osoby, nie potwierdził bowiem dysponowania także ww. osobą dla potrzeb realizacji zamówienia. Zauważyć przy tym również należy, że wykonawca, uznając, iż wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów jest w jego ocenie nieuzasadnione lub narusza prawa wykonawcy, jest uprawniony do wniesienia protestu na tę czynność. Wobec upływu terminu na wniesienie protestu w powyższym zakresie, zasadność wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów nie może być kwestionowana na etapie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie złożył protestu na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, a tym samym utracił to prawo.

W świetle ustalonych powyżej okoliczności, decyzja zamawiającego o wykluczeniu PMI z postępowania na tej podstawie, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest uzasadniona.

Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba ustaliła, że Gwarancja bankowa nr GK10-0040009 z dnia 4 stycznia 2010 r., wniesiona przez odwołującego przed terminem składania ofert, z uwzględnieniem jej przedłużenia przez wykonawcę w toku trwania postępowania o udzielenie zamówienia, obowiązywała do dnia 15 września 2010 r. Odwołujący w dniu 24 września 2010 r. (pismem z dnia 23 września 2010 r.) złożył do zamawiającego Zmianę nr 5 z dnia 10 września 2010 r. do Gwarancji przetargowej nr GK10-0040009 z dnia 4 stycznia 2010 r. Z powyższego wynika, że oferta odwołującego w okresie biegu terminu związania ofertą nie była zabezpieczona wadium w czasie od dnia 16 września 2010 r. do 23 września 2010 r. Zabezpieczenie oferty ważnym wadium zostało zatem przerwane. Wobec przedłożenia zamawiającemu ww. dokumentu dopiero w dniu 24 września 2010 r. nie sposób jest także uznać, iż skoro przedłużenie ważności gwarancji nastąpiło z dniem 10 września 2010 r. to oferta w tym czasie była zabezpieczona wadium, bowiem dokument nie został odpowiednio wcześniej doręczony zamawiającemu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 46 ust. 1 i 3 Pzp. Okoliczności, o których mowa w ust. 1 nie wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu, natomiast przepis ust. 3 odnosi się do ust. 2 ww. artykułu, który stanowi o obowiązku zwrotu wadium „na wniosek wykonawcy”. Odwołujący takiego wniosku nie składał w postępowaniu. Należy także zauważyć, iż zarzuty powyższe podniesione zostały z uchybieniem terminu na wniesienie protestu. Protest wobec zaniechania dokonania przez

zamawiającego obowiązków wynikających z ww. przepisów przysługiwał odwołującemu w ustawowym terminie, stosownie do brzmienia art. 180 ust. 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 181 ust. 2a Pzp także należy uznać za spóźniony. Termin ustawowy na wniesienie protestu w powyższym zakresie upłynął w dniu 18 września 2010 r. Zauważyć należy na marginesie, iż obowiązek zamawiającego określony w art. 181 ust. 2a Pzp dotyczy sytuacji, która następuje w wyniku wniesienia przez wykonawcę (lub wykonawców) protestu, tj. w okresie zawieszenia biegu terminu związania ofertą, co wynika z brzmienia art. 181 ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy, iż w okresie związania ofertą, bez względu na okoliczności, oferta musi być zabezpieczona ważnym wadium. Przerwanie zabezpieczenia oferty wadium w okresie związania wykonawcy złożoną w postępowaniu ofertą, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, skutkuje wykluczeniem z postępowania, stosownie do dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, który nie uzależnia decyzji o wykluczeniu od zaistnienia jakichkolwiek innych przesłanek.

Izba stwierdziła ponadto, iż w konsekwencji wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą, zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W ustalonym stanie rzeczy brak jest podstaw do przyjęcia, by rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego zapadło z naruszeniem wymienionych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 2 400,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....