

Sygn. akt: KIO 2038/17
KIO 2048/17

POSTANOWIENIE

z dnia 13 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozP. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 13 października 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2017r. przez:

- A. wykonawcę **K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., ul. (...)**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm **L. Spółka Akcyjna z siedzibą w B., ul. (...), M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w M(1), ul. (...), S. Spółka Akcyjna Oddział w G. z siedzibą w G., ul. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę G. z siedzibą w G., ul. (...)**

przy udziale **wykonawcy J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne T. J. M. z siedzibą w B., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2038/17 i KIO 2048/17 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2048/17 po stronie odwołującego

postanowienie:

1. **umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 2038/17**
2. **umorzyć postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 2048/17**
3. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez

wykonawcy K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., ul. (...)
tytułem uiszczanego wpisu

4. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm L. Spółka Akcyjna z siedzibą w B., ul. (...), M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w M(1), ul. (...), S. Spółka Akcyjna Oddział w G. z siedzibą w G., ul. (...)** 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 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **G.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont telewizji dozorowej (...)Osiedli Studenckich Politechniki G. zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2017r. za numerem 2017/S 114-228902.

W dniu 19 września 2017r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne T. J. M. z siedzibą w B., ul. (...) – dalej przystępujący. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., ul. (...) – dalej odwołujący K., a na trzecim wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm L. Spółka Akcyjna z siedzibą w B., ul. (...), M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo - akcyjna z siedzibą w M(1), ul. (...), S. Spółka Akcyjna Oddział w G. z siedzibą w G., ul. (...) – dalej odwołujący L..

Sygn. akt KIO 2038/17

W dniu 29 września 2017r. odwołanie wniósł odwołujący K.. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 29 września 2017r. Odwołujący K. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających bezpośredni wpływ na wynik postępowania tj. naruszenia art.24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 w związku z art.7 ust.1
- b) zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu nie posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego niezbędnego do wykonania zamówienia tj. naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.7 ust.1
- c) zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu nie złożenia prawidłowego wadium w postępowaniu tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art.7 ust. 1
- d) wyboru oferty podlegającej odrzuceniu tj. naruszenia art.7 ust.1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego, odrzucenie oferty przystępującego i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, W tym celu odwołujący złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy i wykluczył przystępując lub odrzucił ofertę przystępującego, to zgodnie z przedstawioną punktacją oferta odwołującego uzyskałaby największą ilość punktów.

A1. Zamierzone działanie w zakresie przedstawienia wykazu robót budowlanych.

W celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający zawarł w rozdziale V pkt 3 ppkt 3) następujący wymóg: „ [Wykonawca] wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie lub przebudowie systemu telewizji dozorowej (...), z których każda opiewała na kwotę brutto nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych), w ramach jednej umowy. Jednocześnie w ramach jednej z wykazanych robót wykonawca zamontował minimum 80 szt kamer dla systemu telewizji dozorowej (...);”

Na potwierdzenie tego faktu zamawiający żądał w rozdziale VII pkt 8 ppkt 1) ppkt a) wykazu robót budowlanych wykonanych z jednoczesnym poświadczeniem, iż zostały wykonane należycie. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku przystępujący wskazał w wykazie wykonanych przez siebie prac zadanie realizowane na rzecz Portu Lotniczego G. K. sp. z o.o podając jednocześnie, iż kwota brutto całego zadania wyniosła 2.066.116,79 PLN, przy czym wartość robót związanych z budową systemu telewizji cyfrowej wyniosła 1.309.917,19 PLN brutto. Przedmiotem tego zamówienia była dostawa, instalacja i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Bezpieczeństwa Lotniska opartego o urządzenia i oprogramowanie (...) i (...). Na potwierdzenie faktu należytego wykonania oraz kwot w ramach poszczególnych zadań, przystępujący załączył referencje wystawione rzekomo dnia 18.04.2017. Z dokumentu tego wynika, iż prace zostały ukończone w październiku 2013 roku. Przedstawione dane w powyższym dokumencie są według odwołującego K. nieprawdziwe, gdyż jak wynika z innego dokumentu referencji wystawionego przez Inwestora w dniu 24.04,2014r., a załączonego na stronach internetowych przystępującego wynika, iż inwestycja ta składała się z 7 zakresów, a system telewizji przemysłowej był jednym z nich. Dokument ten jest znacznie bardziej szczegółowy niż ten powstały później, gdyż zawiera szczegółowy zakres przedmiotu dostawy w każdym zakresie. Na jego podstawie można zdaniem odwołującego K. jednoznacznie stwierdzić, iż system monitoringu wykazany w

punkcie I jest kompletny, a jego wartość wyniosła 714.067,36 PLN zgodnie z informacją na ostatniej stronie, przystępując w celu wykazania zwiększonej kwoty nakładów na system monitoringu dokonał zsumowania wartości systemu telewizji przemysłowej (...) w powyższej kwocie oraz sieci strukturalnej w kwocie 134,241,93 PLN, urządzeń sieciowych w kwocie 192.098,89 PLN oraz sprzętu komputerowego w kwocie 269.509,01 PLN. W ten sposób przystępujący dokonał zaliczenia części kosztów związanych z budową zintegrowanego systemu bezpieczeństwa lotniska na koszty wybudowania systemu telewizji przemysłowej. Działanie takie należy zdaniem odwołującego K. uznać za zamierzone i mające na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stanowi to zatem naruszenie przepisu art. 24 ust, 1 pkt 16 (vide: KIO 1257/12, KIO 1262/12, KIO 105/2016). Wskazał, iż w wyniku stwierdzenia, iż wartość powyższego zadania wyniosła poniżej 1.000.000,00 PLN, to nie spełniony został także wymóg postawiony w stosunku do osoby odpowiedzialnej za kierowanie robotami budowlanymi, pełniącej funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych posiadającego stosowne doświadczenie (ostatni podpunkt rozdziału V ust.2 pkt 3)), gdyż jako osobę w tym zakresie wskazano osobę R. M., który nadzorował tę samą robotę budowlaną.

Jako dowód odwołujący K. powołał Referencje wystawione przez Port Lotniczy G. - K. sp. z o.o. z dnia 24.04.2014 (wydruk ze strony przystępującego)

A2. Rażące niedbalstwo, lekkomyślność lub niedbalstwo w zakresie przedstawienia wykazu robót budowlanych.

Na potwierdzenie faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa powyżej (A1), przystępujący załączył także prace wykonaną przez W. S.A., na którego zdolnościach technicznych polega w postaci załączonej tabeli, w której wykazał pracę wykonaną przez W. na rzecz Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we W(1). Przedmiotem tej roboty było wykonanie Inteligentnego Systemu Transportu, którego wartość w zakresie systemu monitoringu wizyjnego przekracza zarówno wymaganą kwotę jak i ilość kamer. Na potwierdzenie należytego wykonania dołączono protokół z dnia 04.07.2014 potwierdzający odbiór wykonanych prac na podstawie umowy (...) z dnia 30.12.2014r. Istotnie wynika z niego, iż prace zostały wykonane, ale w sposób niejasny mowa jest o wadach i usterkach, które ujawniono na poszczególnych etapach wykonywania tego przedsięwzięcia. W związku z tym odwołujący K. zwrócił się w dniu 18.08.2017r do Inwestora z zapytaniem, czy zamawiający naliczył kary za nieterminowe lub niewłaściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi Inwestor poinformował odwołującego, iż w zakresie tego zadania

zamawiający naliczył wykonawcy (W.) karę umowną za usunięcie z przekroczeniem wyznaczonego terminu usterek stwierdzonych w czasie odbiorów Etapu 2,3 i 6 przedmiotowego zadania. Nałożenie kar jednoznacznie zdaniem odwołującego przesądza zatem, iż zadanie objęte umową nie zostało wykonane należycie, a więc nie może ono być brane pod uwagę przy rozpatrywaniu jako zadania potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W nauce prawa cywilnego przyjmuje się, w ślad za konstrukcją prawa karnego, że w przypadku winy umyślnej (zamierzonego działania) sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę lub naruszyć ciążący na nim obowiązek albo przewidując możliwość takiego zachowania, co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku. Rażące niedbalstwo jawi się z kolei jako postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu zachowania się dłużnika. Odwołujący K. przywołał wyrok SN z 10.03.2004r., (IV CK 151/03), gdzie zauważa się, iż przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. (...) Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich ich reguł, jak; zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Standard staranności jakim winien wykazać się wykonawca określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności, gdyż poprzez art. 14 ustawy będzie miał zastosowanie art.355 par. 1 i 2 kc. Dlatego też jeżeli wykonawca przedstawi w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje w sprzeczności z faktami, a fakty prawdziwe są łatwe do ustalenia, to uznać należy, iż taki wykonawca wykazuje się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art.24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Jako dowód odwołujący K. powołał Odpowiedź z Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we W(1)

A3. Brak skutecznego wskazania podwykonawcy, na którego zasoby powołuje się przystępujący

W formularzu ofertowym przystępujący wskazał, iż zamówienie wykona z udziałem podwykonawcy W. S.A., a zakresem będzie „wsparcie techniczne przy realizacji zamówienia Jednocześnie w dołączonym do oferty dokumencie JEDZ przystępując wskazał iż:

W części II.C polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji

W części II.D zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia

W części IV.C pkt 10 nie zamierza zlecić podwykonawcom żadnej części procentowej zamówienia

Na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 21.08.2017r. przystępując zmienił swój dokument JEDZ w taki sposób, iż:

W części II.D oświadczył, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa w żadnej części

W części IV.C pkt 10 zamierza zlecić podwykonawcom 5% wartości zamówienia

Wskazany przez zamawiającego przepis art. 26 ust. 3 daje możliwość uzupełnienia dokumentu, ale nie może stanowić podstawy do zmiany oświadczenia woli oferenta. Wykonawca składając jakiegokolwiek wymagane przez zamawiającego oświadczenie lub wypełniając formularz JEDZ, musi zadeklarować od razu realne i prawdziwe zobowiązanie lub oświadczenia m.in. dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca jest tym oświadczeniem związany i musi też pamiętać, że wszczęcie procedury ich ewentualnego wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń zależy od zamawiającego i jest to procedura wyjątkowa. Nie jest zatem możliwe dowolne zmienianie złożonych oświadczeń. Przystępujący w pierwotnie złożonym dokumencie stwierdził, iż zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo, a jednocześnie zaprzeczył temu stwierdzeniu oświadczając, iż nie będzie niczego zlecał. W poprawionym oświadczeniu JEDZ dokonał zmiany oświadczając z kolei, iż nie będzie niczego zlecał, ale wartość tego zlecenia będzie poniżej 5% wartości zamówienia. Oświadczenia te są niespójne i to mimo złożonych poprawek.

Ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż W. w swoim zobowiązaniu, zobowiązało się do udziału w realizacji zamówienia określając sposób udziału następująco:

„Przekazywanie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych odbywać się będzie na podstawie umowy cywilnoprawnej, poprzez udział w realizacji zamówienia, który będzie polegał na wykonaniu części zamówienia w charakterze podwykonawcy

Zachodzi tutaj zatem nie tylko niezgodność oświadczeń samej firmy przystępującej, ale także niezgodność pomiędzy zakresem wskazanym przez przystępując w formularzu ofertowym, a zobowiązaniem złożonym przez W. Czym innym jest wsparcie techniczne przy realizacji zamówienia, a czym innym jest wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Niezgodność ta powoduje, iż przystępujący nie będzie mógł skorzystać z doświadczenia W. na etapie realizacji zamówienia, a więc przedstawione roboty wykonane przez W. nie będą mogły być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei sprzeczność oświadczeń składanych przez przystępującego oraz ich zmienność stanowi podstawę do twierdzenia, iż podwykonawstwo to będzie miało charakter

fikcyjny, a jedynym celem tego pod wykonawstwa jest spełnienie wymogów udziału w postępowaniu. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie podnosiła, iż w sytuacji polegania na zasobach podwykonawcy, jego udział musi być realny i rzeczywisty.

Jako dowód odwołujący K. powołał Formularze JEDZ załączony do oferty oraz złożony w wyniku wezwania z dnia 21.08.2017

C. Wykluczenie przystępując z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu

Biorąc pod uwagę argumentację przedstawioną w punktach A1-A3, przystępując nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V, ust.2 pkt 3) w podpunkcie pierwszym i ostatnim. W punkcie pierwszym wymagane było przedstawienie dwóch robót budowlanych, a żadna z przedstawionych przez przystępując robót nie spełnia postawionych warunków. To samo dotyczy kierownika, który także nie posiada wymaganego doświadczenia. Tym samym w ocenie odwołującego K. należy uznać, iż przystępując podlega wykluczeniu w na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy.

D. Odrzucenie oferty przystępując z powodu nie złożenia prawidłowego wadium w postępowaniu

Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium w Rozdziale IX SIWZ. W ustępie 2 pkt 4) dopuścił możliwość złożenia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowych» a w ustępie 5 określił warunki jakie taki dokument powinien spełniać. W szczególności w podpunkcie 5) zawarł następujący wymóg:

„mieć formę oświadczenia samoistnego, bezwarunkowego, nieodwołalnego, płatnego na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności dołączania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów i wykazywania istnienia roszczenia”

Do oferty przystępujący dołączył polisę ubezpieczeniową Nr (...) z dnia 24.07.2017 wraz z Aneksem nr 1 do tej polisy z dnia 08.08.2017. Polisa ta ma szereg zapisów, które warunkują wypłatę kwoty gwarancyjnej. Poniższe z nich w sposób istotny ograniczają prawa zamawiającego:

1. W punkcie 2 zawarto warunek, iż żądanie musi być doręczone Gwarantowi w terminie ważności gwarancji
2. W punkcie 5 ppkt 1 zawarto warunek, iż wezwanie do zapłaty musi być podpisane przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, których podpisy na wezwaniu zostały poświadczane notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta
3. W punkcie 5 ppkt 2 zawarto wymóg dostarczenia dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie.

Odwołujący powołał się na wyroki Izby sygn. akt KIO 1222/15, sygn. akt KIO 1858/15, sygn.

akt KIO 1936/15.

Mając na uwadze powyższe i odnosząc się do stanu faktycznego, w ocenie odwołującego K. uznać należy, iż wymogi zawarte w pkt 5 ust 1 i 2 stoją w sprzeczności do zapisów SIWZ, z których wynika, iż wypłata powinna nastąpić bez konieczności dołączania jakichkolwiek dokumentów. Tymczasem w gwarancji jest wpisana wprost konieczność poświadczenia podpisu oraz dołączenia dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały wezwanie. Skoro zatem zamawiający w taki sposób określił wymogi odnośnie dokumentu wadialnego, to wykonawca miał obowiązek wymóg ten spełnić. Nie spełnienie tego wymogu skutkowało powinno uznaniem, iż wadium nie zostało należycie wniesione.

Ponadto wymóg doręczenia wezwania do zapłaty w terminie ważności gwarancji jest istotnym ograniczeniem zakresu działania gwarancji. W normalnej praktyce ubezpieczeniowej jest, że sam fakt zgłoszenia niekoniecznie musi nastąpić w okresie ważności obowiązywania polisy ubezpieczeniowej (np. w przypadku polis komunikacyjnych). Łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której w ostatnim dniu obowiązywania polisy zaistnieje przesłanka do skorzystania z niej, a zamawiający może nie móc skutecznie doręczyć wezwania w tym samym dniu. Co więcej, biorąc pod uwagę konieczność dołączenia dokumentów wymienionych w punkcie 5, może być to niemożliwe. Złożenie takiego wezwania choćby jeden dzień po terminie obowiązywania gwarancji będzie już bezskuteczne.

Ponadto biorąc pod uwagę wszystkie wymienione obostrzenia mogłoby dojść do takiej sytuacji, w której zamawiający mógłby złożyć wezwanie przykładowo na 3 tygodnie przed terminem upływu gwarancji, ale nie dołączył dokumentów poświadczających umocowanie osób podpisujących wezwanie lub złożyłby dokumenty wadliwe. W tej sytuacji gwarant mając 30- dniowy termin na wypłatę, mógłby już po upływie terminu gwarancji poinformować Beneficjenta, iż złożony dokument był wadliwy, a ponieważ termin gwarancji minął, to Beneficjent nie mógłby już złożyć ponownego wezwania. Oczywistym zatem dla odwołującego K. jest, że taka gwarancja nie zapewnia w pełni jej realizacji i bardzo daleka jest od pewności, którą daje wpłata pieniężna. W związku z powyższym należy uznać, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a na podstawie art.89 ust.1 pkt 7b zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępując.

Jako dowód powołał Dokument wadium założony przez przystępując do oferty.

E. Czynność wyboru oferty przystępującego

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację należy uznać, że zamawiający nie dokonując czynności, do których był zobowiązany i dokonując wyboru oferty przystępującego naruszył art.7 ust.1 ustawy.

W dniu 29 września 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania

przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 2 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołanie zmierza do zmiany tej decyzji zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 października 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 2 października 2017r. faksem.

W dniu 11 października 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie K. postanowił uwzględnić zawarte w nim zarzuty w części i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów postępowania między stronami, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy. Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy, zamawiający uwzględnił część z przedstawionych w odwołaniu zarzutów, dotyczącą wyboru oferty podlegającej odrzuceniu tj. oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego T. J. M.. Po przeprowadzeniu analizy argumentów odwołującego K., zamawiający uznał, że zarzut podniesiony przez odwołującego bezsprzecznie nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Odpowiedź została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji zamawiającego.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący K. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie przez zamawiającego nieuwzględnionym.

Sygn. akt KIO 2048/17

W dniu 29 września 2017r. odwołanie wniósł odwołujący L.. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 września 2017r. udzielonego prezesa zarządu L. ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. L. działał jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2017r. udzielonego przez wszystkich wykonawców wspólnie się ubiegających, zgodnie z zasadami reprezentacji, każdego z nich wykazanymi odpisami z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 29 września 2017r. Odwołujący L. zarzucił zamawiającemu :

1/ wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo tego, iż oferta przystępującego nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle art.91ust.1 ustawy,

2/ zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego z uwagi na niewykazanie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zaniechanie wezwania do uzupełnienia oferty - art. 22 ust. 1b pkt. 3, art. 22a, art. 36a ust. 2, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, w związku z §2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. W sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. /Dz.U. 2016r. 1126/

3/ zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na złożenie oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu -art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy

4/ zaniechanie odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia- art. 89 ust. 1 pkt.1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych

5/ naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonej w art.7 ustawy przez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje odwołującego.

Wniósł o :

1/ unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 19.09.2017r. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty

2/ powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie oferty przystępującego

3/ wybór oferty L. jako oferty najkorzystniejszej

4/ zasądzenie kosztów postępowania

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta uznana za najkorzystniejszą nie jest ofertą najkorzystniejszą i winna zostać odrzucona. Z uwagi na procedurę odwróconą odwołujący nie może dokonać oceny oferty tańszej K. sp. z o.o. w P.. Na skutek wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 179ust. 1 ustawy.

Zamawiający na str. 7 SIWZ zastrzegł obowiązek osobistego świadczenia kluczowych części zamówienia:

- montaż i podłączenie do infrastruktury sieciowej wszystkich urządzeń systemu telewizji dozorowej (...) Osiedli Studenckich Politechniki G.

- wykonanie wszystkich pomiarów pomontażowych infrastruktury sieciowej oraz prób rozruchowych zamontowanych urządzeń

-wykonanie rozruchu eksploatacyjnego kompletu systemu telewizji dozorowej (...) Osiedli Studenckich Politechniki G. Ograniczono udział podwykonawców do określonych czynności:

-wykonanie kanalizacji teletechnicznej

- roboty liniowe wraz z posadowieniem studzienek kanalizacyjnych i układaniem rur kanalizacyjnych z okablowaniem bez podłączenia

- budowa infrastruktury naziemnej

- posadowienie i uzbrajanie słupów dla kamer bez podłączenia, -roboty odtworzeniowe

zewnątrzne po wykonaniu budowy kanalizacji teletechnicznej i posadowienia słupów dla kamer

-budowa instalacji teletechnicznych wewnętrznych w budynkach

- przygotowanie podłoża/ przepusty, przewierty, bruzdowanie, rurowanie, listwowanie/ oraz rozprowadzenie oprzewodowania teletechnicznego do punktów przyłączenia wszystkich urządzeń

- roboty odtworzeniowe w budynkach po wykonaniu instalacji teletechnicznej wewnętrznych

Zastrzeżenie w dokumentacji obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia według odwołującego L. oznacza, że w przypadku wykonawców będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej wykonanie zamówienia musi nastąpić siłami własnymi, co oznacza konieczność zaangażowania własnych zasobów technicznych, czy też np. kadrowych, Według stanu prawnego obowiązującego do 28.07.2016r.- art. 36 a ustawy zamawiający miał uprawnienie do ograniczenia pod wykonawstwa i zastrzeżenia kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania wykonawcy. Zastrzeżenie to nie było jednak skuteczne, w przypadku, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Obecnie z art. 36a wykreślono ust. 3, co według odwołującego L. oznacza, że:

- wskazane przez zamawiającego części zamówienia wykonawca będzie musiał wykonać osobiście (bez udziału podwykonawców),
- wykonawca nie będzie mógł polegać na zasobach podmiotów trzecich, w myśl art. 22a ust. 1 ustawy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do zastrzeżonej jako kluczowa części zamówienia.

Podobnie zgodnie z art. 63 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24UE w przypadku zamówień na roboty budowlane, usługi, prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19ust.2, przez uczestnika tej grupy. Nie wskazuje się podobnie jak prawo polskie, że podmiot udostępniający zasoby musi być tolerowany jako podwykonawca w tej części mimo, że wykonawca jak i konsorcjum co do zasady mogą polegać na zdolności innych podmiotów. W przedmiotowym postępowaniu kluczowe części zamówienia mieszczą się zakresie doświadczenia jakim musieli wykazać się wykonawcy składający ofertę. Zgodnie z rozdziałem V ust. 2 pkt. 3 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie lub przebudowie systemu telewizji dozorowej(...), z których każda opiewała na kwotę brutto nie mniejszą niż 1 000 000zł. Jednocześnie w ramach jednej z wykazanych robót wykonawca

zamontował minimum 80 sztuk kamer dla systemu telewizji dozorowej CCTV IP. Przystępujący wykazał się realizacją jednego zamówienia wykonanego samodzielnie:

1/ budowa systemu telewizji dozorowej (...) w ramach Budowy zintegrowanego systemu zabezpieczenia Lotniska, w tym dostawa i uruchomienie 57 kamer(...), wartość całkowita prac 2 066 116,79zł brutto budowa systemu telewizji dozorowej 1309 917.19 zł. brutto . Z referencji wystawionych przez Port Lotniczy w G. K. sp. z o.o.. wynika, iż przystępujący wykonał dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem zintegrowanego systemu bezpieczeństwa Lotniska opartego o urządzenia i oprogramowania (...) i (...) a nie robotę budowlaną polegającą na budowie, remoncie lub przebudowie systemu telewizji dozorowej(...). Ponadto brak montażu 80 kamer (...).

Odnosnie drugiego zamówienia wykonawca wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego W. s.a.: - wykonanie inteligentnego systemu transportu w zakresie projektu „Zintegrowany system transportu szynowego w Aglomeracji we W(1). W ramach umowy miała miejsce m.in. budowa, dostawa, montaż i uruchomienie systemu monitoringu wizyjnego w technologii sieciowej transmisji danych (...) dla ponad 100 kamer, wartość całkowita prac 67 862 267,25zł. w tym budowa systemu telewizji dozorowej ponad 1 mln zł. Zgodnie z nowym brzmieniem art.36a ustawy niemożność skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych części zamówienia powoduje, iż Wykonawca nie może powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wykazania się doświadczeniem w budowie, remoncie lub przebudowie systemu telewizji dozorowej. W niniejszym postępowaniu wykonawca wskazał w formularzu ofertowym, iż będzie korzystał z podwykonawców co będzie polegać na wsparciu technicznym przy realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał w JEDZ firmę W. s.a. jako podwykonawcę w sekcji D „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” . Firma W. oświadczyła, iż oddaje wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby tj. zdolności techniczne i zawodowe na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia i zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia. Przekazanie wiedzy i doświadczenia odbywać się będzie na podstawie umowy cywilno-prawnej przez udział w realizacji zamówienia, który będzie polegał na wykonaniu części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Na str. 16 JEDZ wykonawca zaznaczył, iż zamierza zlecić podwykonawcom 5% zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2016 r., KIO 2082/16 „Podmioty trzecie, które udostępniają potencjał na potrzeby realizacji zamówienia, są zobowiązane w całości zrealizować zamówienie. Jednakże w niniejszym postępowaniu podmiot trzeci nie może zrealizować zamówienia w całości zgodnie ze wskazaniem KIO, gdyż Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego świadczenia kluczowych części zamówienia. W ślad za rozwiązaniami zawartymi w dyrektywie do ustawy wprowadzono pewne ograniczenia w posługiwaniu się zasobami innych podmiotów. Wiążą się one z ustaleniem, że z tych

zasobów można korzystać "w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia". Takiego ograniczenia nie było w uchylonym art. 26 ust. 2b ustawy, chociaż poprzednia dyrektywa klasyczna je zawierała. Pojęcie stosownych sytuacji na gruncie dyrektywy oznacza, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów w każdej sytuacji, w której nie posiada on wymaganych przez zamawiającego kwalifikacji i zamierza się na taką zdolność innych podmiotów powołać. Tak też stwierdził TSUE w wydanym w trybie prejudycjalnym orzeczeniu, na zapytanie sformułowane przez KIO, w sprawie C-324/14, Partner A. D.. Zarząd Oczyszczania Miasta, L.: okoliczność, że wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, nie może być interpretowana w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach. Jest to zatem uprawnienie wykonawcy, który może z niego korzystać zawsze, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 63 ust. 2 dyrektywy. I właśnie ze względu na ten ostatni przepis, nowy w dyrektywie, orzecznictwo TSUE interpretujące to zagadnienie, wydane na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, nie do końca będzie właściwe (zob. W. H. i in., Dyrektywa 2014/24/UE, s. 637). Przepis art. 63 ust. 2 dyrektywy zezwala bowiem instytucji zamawiającej zastrzec, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, określone kluczowe zadania muszą być wykonane bezpośrednio przez wykonawcę, co wyklucza posługiwanie się w tym zakresie zasobami innych podmiotów. W polskiej ustawie podobne zastrzeżenie w zakresie podwykonawstwa może poczynić zamawiający na podstawie art. 36a ust. 2 ustawy. Nie sposób zdaniem odwołującego L. uznać, aby kluczowe części zamówienia wykonał wykonawca, który nie wykazał się wymaganym w siwz doświadczeniem. Nie sposób również uznać, aby kluczowe części zostały wykonane przez podmiot trzeci użyczający wiedzę i doświadczenia. Specyfika i opis przedmiotu zamówienia wskazuje na to, iż zamówienie, w tym kluczowe jego części mogą być wykonane tylko przez wykonawcę, który legitymuje się własnym doświadczeniem. Wyznaczone przez zamawiającego prace mogły być zlecone podwykonawcom, ale tylko w sytuacji, gdy podwykonawcy nie są podmiotem trzecim, na którego doświadczeniu wykonawca polega. Wobec uznania jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, którego oferta podlega odrzuceniu wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne.

W dniu 2 października 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 2 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w

rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a odwołanie zmierza do zmiany tej decyzji zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 października 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 2 października 2017r. faksem.

W dniu 4 października 2017r. swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., ul. (...) po stronie odwołującego. Oświadczył, że informację o wniesieniu odwołania otrzymał w dniu 2 października 2017r. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego i nieprawidłowo przeprowadził postępowanie, gdyby postępowanie było prowadzone prawidłowo, to oferta K. powinna być uznana za najkorzystniejszą. Zgłoszenie podpisał prezes zarządu umocowany do samodzielnej reprezentacji spółki. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu 4 października 2017r.

W dniu 11 października 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający w odpowiedzi na ww. odwołanie postanowił uwzględnić zawarte w nim zarzuty w części i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów postępowania między stronami, zgodnie z art. 186 ust 6 pkt 1) ustawy. Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy, zamawiający uwzględnił część przedstawionych w odwołaniu zarzutów, dotyczących nieodrżucenia oferty Przedsiębiorstwa Telekomunikacyjnego T. J. M. oraz wadliwego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po przeprowadzeniu analizy argumentów odwołującego L., Zamawiający uznał, że zarzuty podniesione przez odwołującego bezsprzecznie nakazują unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w zakresie uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów, zamawiający zobowiązał się, po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, odrzucić ofertę T. oraz dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający poinformował, że nie może uwzględnić żądania odwołującego L. dotyczącego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, z uwagi na fakt, że w rankingu złożonych w postępowaniu ofert, oferta L. znajduje się dopiero na trzecim miejscu. W związku z tym, zamawiający ma ustawowy obowiązek przeprowadzić ponowne badanie i ocenę ofert, z wyłączeniem oferty T. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji zamawiającego.

W dniu 11 października 2017r. zamawiający przekazał informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11 października 2017r. oraz informację o odrzuceniu oferty przystępującego J. M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na naruszenie zakazu powierzenia części zamówienia podwykonawcom w zakresie montażu i podłączenia do infrastruktury sieciowej wszystkich urządzeń systemu telewizji dozorowej (...)Osiedli Studenckich Politechniki G.. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, który obejmuje swoim zakresem kluczowe części zamówienia, które zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania. Przystępujący oświadczył, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawcy W. SA jednocześnie powołując się na zasoby tego podmiotu celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Z treści oferty przystępującego wynika zatem według zamawiającego, że kluczową część zamówienia, którą zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania zrealizuje podmiot na zasobach, którego wykonawca polega tj. W.. Oświadczenie w ofercie, że kluczową część zamówienia wykona W., a nie osobiście przystępujący nie odpowiada treści siwz, która nakazuje wykonawcy samodzielnie wykonać zastrzeżone przez zamawiającego kluczowe części zamówienia.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący L. oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie to jest poza uwzględniony przez zamawiającego zarzut zaniechania odrzucenia przystępującego T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Przystępujący T. J. M. po stronie zamawiający nie stawiał się na posiedzenie z udziałem stron, o terminie prawidłowo powiadomiony, nie złożył sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w części uwzględnionej przez zamawiającego.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W

takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. W niniejszej sprawie opisany w hipotezie przepisu art. 186 ust. 3a ustawy stan faktyczny zaistniał to jest zamawiający częściowo uwzględnił oba odwołania, obaj odwołujący w pozostałym zakresie cofnęli zarzuty, zaś przystępujący po stronie zamawiającego nie stawiał się na posiedzenie i nie złożył sprzeciwu, a zatem zaistniały stan faktyczny upoważniał Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego co do obu wniesionych odwołań.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołań miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz Izba orzekła, w tym zakresie o konieczności zwrotu kwot wpisów uiszczonych przez odwołujących na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. z 2017 poz. 47).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....