

Sygn. akt: KIO 617/22

WYROK
z dnia 24 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2022 r. przez Odwołującego **T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasto Włocławek**

przy udziale Wykonawcy **MYDIR PL. COMPANY Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1. *petitum* odwołania;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Włocławek prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mające za przedmiot „Wdrożenie Systemu Zarządzania Węzłem Przesiadkowym we Włocławku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 227-596825 w dniu 23 listopada 2021 r.

W dniu 4 marca 2022 r. Wykonawca T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 128 ust 4 ustawy PZP w zw. z art. 128 ust 5 ustawy PZP lub ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień w sprawie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. oraz zaniechanie zwrócenia się do podmiotu będącego w posiadaniu informacji w zakresie oceny spełniania przez Mydir.pl Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 226 pkt 1 ust. 2b ustawy PZP poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Mydir.pl Company Sp. z o.o.;
2. powtórzenia czynności oceny oferty, wykluczenia wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, lub nakazanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy PZP oraz skorzystania z art. 128 ust. 5 ustawy PZP, ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy PZP;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych na fakty wskazane w uzasadnieniu odwołania,

4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje.

„Zamawiający w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4a SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone warunki udziału co do zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie i wdrożeniu Systemu Zarządzania Węzłem Przesiadkowym obejmującego:

– wykonanie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej dla co najmniej 5 pojazdów komunikacji zbiorowej i 3 tablic informacji pasażerskiej;

– wykonanie systemu monitoringu wizyjnego.

(...)

W terminie składania ofert, oferty w postępowaniu złożyli Mydir.pl Company Sp. z o.o. z kwotą 2 460 000,00 zł oraz T4B Sp. z o.o. z kwotą 2 699 850,00 zł.

W dniu 25 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Mydir.pl Company Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. wykazu dostaw lub usług z załączonymi dowodami określającymi, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Wykonawca Mydir.pl Company Sp. z o. o. na spełnienie ww. warunku w dniu 10 lutego 2022 r. przedłożył Zamawiającemu Wykaz dostaw oraz Referencje-Poświadczenie z dnia 3 lutego 2022 r. wystawione przez EKO-NAJ A. R. poświadczające należyte wykonanie zadania w inwestycji prowadzonej przez Miasto Kalisz - Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Kaliszu (obecnie i dalej Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu) pn. „Budowa Zintegrowanego Węzła Przesiadkowego w Kaliszu oraz wyposażenie przystanków komunikacji miejskiej w tablice dynamicznej informacji pasażerskiej i biletomaty” w ramach projektu „Rozwój systemu komunikacji publicznej Aglomeracji Kalisko-Ostrowskiej wraz z modernizacją oświetlenia ulicznego Miasto Kalisza” dofinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020”. (...)

Z referencji przedstawionych przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. wynika, że wykonał na inwestycji w Kaliszu szereg robót budowlanych (m.in. wykonanie instalacji światłowodowej;

montaż sygnalizacji świetlnej – słupy, maszty; wybudowanie pomieszczenia serwerowni Węzła Przesiadkowego i inne). Na marginesie jedynie wspomnieć należy, że kwota 1 200 000 zł brutto, którą wskazał Mydir.pl Company Sp. z o.o. w Wykazie robót, jako wartość zamówienia wydaje się być zbyt niska w stosunku do tak szerokiego zakresu prac, które rzekomo wykonał.

Ze specyfiki prowadzonej działalności nie wynika, że wystawca referencji - lider konsorcjum realizującego inwestycję dla ZDM w Kaliszu, czyli EKO-NAJ A. R. zrealizowałby zakres prac zleconych Mydir.pl Company Sp. z o.o., bowiem obszarem działalności EKO-NAJ A. R. jest wykonywanie projektów architektonicznych, konstrukcyjnych oraz instalacyjnych (informacja pochodzi ze strony internetowej https://www.arch-projekty.pl/eko-naj-artur-rozewicz_i28792).

Referencje, którymi mógłby dysponować Mydir.pl Company Sp. z o.o. winny być wystawione przez całe konsorcjum, albo konsorcjanta, w zakresie prac którego leżały roboty zrealizowane przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. Lider konsorcjum EKO-NAJ A. R. nie był uprawniony do wystawienia takich referencji na rzecz Mydir.pl Company Sp. z o.o., gdyż ten nie wykazał, że w ogóle brał udział w realizacji inwestycji w Kaliszu oraz w takim zakresie realizował roboty. (...).”.

„Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu w pkt 31.4 SIWZ do postępowania, z którego realizacji referencjami posługuje się Mydir.pl Company Sp. z o.o., a także w §3 ust. 2 umowy nr ZP.272.161.2018 z dnia 17 lipca 2018 r. zawartej z Konsorcjum (...) określił, że w przypadku, gdy Wykonawca przewidział do wykonania zamówienia udział podwykonawców w zakresie robót budowlanych, ma obowiązek przedstawić mu do zaakceptowania projekt umowy o podwykonawstwo.

Z dostępnych Odwołującemu informacji wynika, że Konsorcjum takiej umowy z podwykonawcą Mydir.pl Company Sp. z o.o. nie przedstawiło. Z informacji uzyskanych od Zarządu Dróg Miejskich w Kaliszu wynika również, że Inwestor nie odnotował udziału Mydir.pl Company Sp. z o.o. jako podwykonawcy Konsorcjum. Nie potwierdzono również, że ten podmiot w ramach zamówienia wykonywał jakiegokolwiek prace. Firma Mydir.pl Company Sp. z o.o. nie jest znana Inwestorowi. Co więcej, ZDM w Kaliszu wskazało, że zakres prac, których poświadczeniem wykonania w postaci referencji z dnia 3 lutego 2022 roku posługuje się MyDir.pl faktycznie wykonywał (...) (czyli jeden z konsorcjantów).

W dniu 1 marca 2022 r. Odwołujący wystosował do ZDM w Kaliszu pismo z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w postaci umowy pomiędzy ZDM w Kaliszu a Konsorcjum (...), umowy na podwykonawstwo zawartej pomiędzy ww. konsorcjum a Mydir.pl Company Sp. z o.o., protokołu końcowego z wykonania przez konsorcjum umowy oraz

udzielenie informacji czy ZDM w Kaliszu wystawił na rzecz Konsorcjum referencje poświadczające należyte wykonanie umowy. Dnia 4 marca 2022 r. Odwołujący otrzymał elektronicznie odpowiedź od ZDM w Kaliszu z załącznikami w postaci umowy zawartej z konsorcjum, protokołu końcowego i protokołu z odbioru usuniętych usterek. Brak przesłania przez ZDM w Kaliszu umowy na podwykonawstwo zawartej między konsorcjum a Mydir.pl Company Sp. z o.o. świadczy o nierealizowaniu przez tego Wykonawcę robót podwykonawczych w tej inwestycji. Co więcej, w pkt 31.7 SIWZ, ZDM w Kaliszu podkreślił, że brak wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, którą na etapie realizacji zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, oznacza zobowiązanie Wykonawcy do samodzielnego realizowania zamówienia. Skoro ZDM w Kaliszu nie odnotowało udziału podwykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. w realizacji inwestycji, to wysoce prawdopodobne jest, że w formularzu ofertowym konsorcjum nie wskazało zakresu robót, które powierzy podwykonawcy i w związku z tym nie przedstawiło ZDM w Kaliszu umowy z podwykonawcą Mydir.pl Company Sp. z o.o. Powyższe w sposób niewątpliwy świadczy o niezrealizowaniu robót, z których realizacji referencjami posługuje się Mydir.pl Company Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

(...)

W związku z powyższym stwierdzić należy, że wykonawca Mydir.pl Company Sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VI ust. 1 pkt 4a SWZ. Podanie nieprawdziwych informacji w tym względzie bez wątpienia w istotnym stopniu wpłynęło na decyzję Zamawiającego w zakresie merytorycznego rozpoznania oferty Mydir.pl Company Sp. z o.o. i jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji nie została wdrożona procedura wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub przedstawienia innej referencji należytego wykonania umowy spełniającej przedmiotowy wymóg. We wskazanym stanie faktycznym, Zamawiający winien to uczynić, ewentualnie w myśl art. 226 pkt 1 ust. 2b ustawy PZP odrzucić ofertę Mydir.pl Company Sp. z o.o. jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe wymaga zatem przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, zapewne z udziałem zamawiającego, którego dotyczyła referencja, w celu ustalenia, czy Mydir.pl Company Sp. z o.o. wykonywał wskazane prace, czy też nie. Jeżeli okazałoby się, że prace nie były wykonane, to Mydir.pl Company Sp. z o.o. nie może się takim doświadczeniem posługiwać, co skutkuje również poświadczeniem nieprawdy w oświadczeniu wiedzy, jak też posłużenie się dokumentem poświadczającym nieprawdę, co skutkuje przestępstwem z art. 297 Kodeksu karnego.

Natomiast w dniu 22 lutego 2022 r. Zamawiający ocenił oferty wykonawców następująco:

Mydir.pl Company Sp. z o.o. – 100 pkt

T4B Sp. z o.o. – 54,67 pkt

i dokonał wyboru oferty złożonej przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a więc dokonał czynności obarczonej błędem.

(...)

Dnia 24 lutego 2022 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie całej dokumentacji przetargowej złożonej przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. W dniu 25 lutego 2022 r. otrzymał tę dokumentację od Zamawiającego. Po zapoznaniu się z jej treścią, w Odwołującym wątpliwość wzbudziła przedmiotowa referencja wystawiona na rzecz Mydir.pl Company Sp. z o.o., wobec czego zasięgnął informacji u Inwestora realizowanych robót, tj. ZDM w Kaliszu. Po przekazaniu informacji przez ZDM w Kaliszu o nierealizowaniu przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. robót wymienionych w referencji, Odwołujący w dniu 1 marca 2022 r. skierował do Zamawiającego pismo poddające pod wątpliwość spełnienie przez Mydir.pl Company Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu.

(...)

Pismem z dnia 21 marca 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający podniósł, że pismem z dnia 25 stycznia 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. z wezwaniem w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wezwany Wykonawca złożył m. in. Wykaz dostaw oraz referencje. W złożonym wykazie dostaw Wykonawca Mydir.pl Company Sp. z o.o. powołał się na wykonanie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz wykonanie systemu monitoringu wizyjnego przy realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa Zintegrowanego Węzła Przesiadkowego w Kaliszu oraz wyposażenie przystanków komunikacji miejskiej w tablice dynamicznej informacji pasażerskiej i biletomaty” w ramach projektu „Rozwój systemu komunikacji publicznej Aglomeracji Kalisko – Ostrowskiej wraz z modernizacją oświetlenia ulicznego Miasta Kalisza” dofinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020. W złożonym wykazie Przystępujący jako inwestora ww. inwestycji wskazał Miasto Kalisz, natomiast jako generalnego wykonawcę wskazał podmiot:

EKO-NAJ A.R. [...] (Lider konsorcjum). Wraz z wykazem dostaw Przystępujący złożył referencje z dnia 3 lutego 2022 r. wystawione przez podmiot EKO-NAJ A. R.. Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji ww. dokumentów i w dniu 22 lutego 2022 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Następnie Zamawiający wskazał, że w wyniku zakwestionowania ww. referencji przez Odwołującego, pismem z dnia 2 marca 2022 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz wystawcę referencji – podmiot EKO-NAJ A. R. w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie.

Wystawca referencji – podmiot EKO-NAJ A.R. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. omyłkowo wpisał podmiot Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, podczas gdy członkiem Konsorcjum był podmiot X..., który wykonywał sam lub poprzez podwykonawców zadania wskazane w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. Jednocześnie podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że zadania wskazane w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. zostały faktycznie wykonane przez podmiot X... samodzielnie lub poprzez podwykonawców. Przystępujący był najprawdopodobniej podwykonawcą podmiotu X... przy wykonywaniu tych zadań. Jednocześnie wystawca referencji – podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że mimo realizowania zadania przez Konsorcjum, każdy z członków Konsorcjum odpowiadał za oddzielny fragment zadania. Mając to na uwadze podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że informacji w zakresie tego, czy Przystępujący występował w kwestionowanym postępowaniu jako podwykonawca oraz jaki jest faktyczny zakres realizowanych przez niego czynności, może udzielić tylko podmiot X..., na zlecenie którego Przystępujący mógł wykonywać prace jako podwykonawca.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że podmiot oznaczony jako „X.....” potwierdził zlecenie Przystępującemu wykonania zadań w charakterze podwykonawcy w ww. zadaniu.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp złożył wyjaśnienia wraz z dowodami.

W treści złożonych wyjaśnień wskazał, że brał udział w realizacji zamówienia publicznego, które wskazał w złożonym Wykazie dostaw jako podwykonawca i jedyny dostawca podmiotu oznaczonego jako „X...”. Jednocześnie w treści wyjaśnień Przystępujący podał zakres robót realizowanych przez każdego z konsorcjantów. Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył także oświadczenie wystawione przez podmiot oznaczony jako „X...” oraz oświadczenie producenta systemu SDIP i dostawcy rozwiązania uruchomionego w ramach zadania podanego w złożonym Wykazie dostaw.

Zamawiający podniósł, że z oświadczenia złożonego przez podmiot oznaczony jako „X...” wynika, iż „(...) każdy z Wykonawców realizował określoną część zamówienia publicznego. Każdy z Wykonawców według własnego uznania korzystał i powierzył realizację części zadań podwykonawcom (...)”. Zamawiający wskazał także w treści odpowiedzi na odwołanie zakres rzeczowy, za który był odpowiedzialny podmiot oznaczony jako „X...” wynikający z oświadczenia tego podmiotu. Zakres ten, zgodnie z oświadczeniem podmiotu X... został przez niego powierzony podwykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył także oświadczenie pochodzące od podmiotu, będącego dostawcą materiałów, oprogramowania i usług związanych z dostawą, montażem, uruchomieniem, wdrożeniem systemu SDIP – zgodnie z przedłożonym oświadczeniem, Przystępujący był jedynym i wyłącznym odbiorcą ww. materiałów, oprogramowania i usług.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że Przystępujący oświadczył, iż wszelkie prace objęte doświadczeniem wymaganym przez Gminę Włocławek w postępowaniu BZP.271.51.2021 na realizację zamówienia publicznego dla miasta Kalisz zostały faktycznie wykonane przez Przystępującego i tylko jemu przysługuje doświadczenie w tym zakresie.

Zamawiający stanowisko Odwołującego ocenił jako nieoparte żadnymi dowodami, oparte jedynie na domysłach i służące jedynie wzbudzeniu wątpliwości. Dodatkowo w ocenie Zamawiającego sam fakt braku zgłoszenia Przystępującego jako podwykonawcy w ramach zadania wskazanego w złożonym Wykazie dostaw nie ma żadnego wpływu na ocenę jego oferty złożonej w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu za zarzutu wskazanego w punkcie 2 petitum odwołania Zamawiający wskazał, co następuje.

W treści SWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie i wdrożeniu Systemu Zarządzania Węzłem Przesiadkowym obejmującego:

- wykonanie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej dla co najmniej 5 pojazdów komunikacji zbiorowej i 3 tablic informacji pasażerskiej;
- wykonanie systemu monitoringu wizyjnego.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Wykonawcy był zobowiązany przedstawić podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 7 do SWZ).

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że Przystępujący w złożonym na wezwanie Wykazie dostaw wskazał informacje zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Zamawiający wskazał także na fakt złożenia referencji wystawionych przez lidera konsorcjum, które potwierdziły należyte wykonanie umowy.

Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że żaden z dokumentów i dowodów przedstawionych w toku postępowania nie wskazuje, by Przystępujący nie wykonał zadań, które zawarł w złożonym na wezwanie Zamawiającego Wykazie dostaw. W ocenie Zamawiającego także ewentualne niezgłoszenie Przystępującego jako podwykonawcy realizującego zamówienie wskazane w złożonym przez niego Wykazie dostaw nie świadczy o niezrealizowaniu tych zadań przez Przystępującego.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył także oświadczenie podmiotu oznaczonego jako „X...” złożone wraz z wyjaśnieniami Przystępującego udzielonymi w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie podmiotu EKO-NAJ A. R. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, oświadczenie dostawcy materiałów, oprogramowania i usług związanych z dostawą, montażem, uruchomieniem, wdrożeniem systemu SDIP, wyjaśnienia złożone przez podmiot EKO-NAJ A.R., wykaz dostaw złożony przez Przystępującego.

Stanowisko na piśmie złożył także Przystępujący pismem z dnia 21 marca 2022 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu na rozprawie wniesionego odwołania, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na piśmie wraz z załącznikami oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a tym samym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w przepisie art. 513 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca MYDIR PL. COMPANY Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożył oświadczenie, przedstawione do protokołu rozprawy, zgodnie z którym wycofał zarzut oznaczony numerem 1. petitum odwołania.

Z uwagi powyższe oświadczenie Odwołującego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim Odwołujący wycofał zarzuty odwołania – na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut wskazany w punkcie 2 petitum odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, się nie potwierdził.

Z uwagi na fakt, że przedstawione w treści odwołania, jak również w treści odpowiedzi na odwołanie okoliczności odnoszące się do brzmienia ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, jak również przebiegu korespondencji Zamawiającego z Przystępującym w zakresie wykazania spełniania kwestionowanego warunku, odpowiadają rzeczywistemu przebiegowi zdarzeń i stanowią okoliczności niesporne, Izba nie uznała za zasadne, by je ponownie w całości przytaczać.

Jako istotną i bazową Izba uznała okoliczność ustanowienia przez Zamawiającego w rozdziale VI ust. 1 pkt 4 lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wskazanie, że Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat (...) co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie i wdrożeniu Systemu Zarządzania Węzłem Przesiadkowym obejmującego:

- wykonanie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej dla co najmniej 5 pojazdów komunikacji zbiorowej i 3 tablic informacji pasażerskiej;
- wykonanie systemu monitoringu wizyjnego.

Podmiotowym środkiem dowodowym służącym potwierdzeniu spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu był wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat, (...), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane (...).

Zgodnie z ustaleniami Zamawiającego znajdującymi potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Przystępujący, którego oferta została najwyżej oceniona, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane do niego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył Wykaz dostaw wraz z referencjami potwierdzającymi ich terminowe i dobre jakościowo wykonanie. Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji złożonych przez Przystępującego dokumentów uznając, że ich treść odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ i w dniu 22 lutego 2022 r. wybrał ofertę złożoną przez Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zakwestionował referencje z dnia 3 lutego 2022 r. złożone przez Przystępującego twierdząc, że uzyskał wiedzę, iż Inwestor wskazany w Wykazie dostaw

złożonym przez Przystępującego nie odnotował obecności Przystępującego w charakterze podwykonawcy realizującego zadanie wskazane w ww. Wykazie dostaw. Ponadto Odwołujący wskazał, iż z informacji uzyskanych od Inwestora wynika, że zakres prac przypisany z referencjach z dnia 3 lutego 2022 r. Przystępującemu faktycznie wykonał podmiot oznaczony jako „X...” – jeden z konsorcjantów.

Zamawiający wobec zakwestionowania przez Odwołującego referencji złożonych przez Przystępującego wystąpił zarówno do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, jak również do wystawcy referencji – podmiotu EKO-NAJ A. R. – w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Przystępującego oraz podmiot EKO-NAJ A. R. zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, w jakim charakterze Przystępujący występował w realizacji dostawy wykazanej w złożonym przez niego Wykazie dostaw oraz jaki był rzeczywisty zakres czynności wykonywanych w ramach wskazanego zamówienia.

Jak wskazał Zamawiający, opierając się na złożonych wyjaśnieniach, wystawca referencji – podmiot EKO-NAJ A. R. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. omyłkowo wpisał podmiot Mydir.pl Company Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, podczas gdy członkiem Konsorcjum był podmiot X..., który wykonywał sam lub poprzez podwykonawców zadania wskazane w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. Jednocześnie podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że zadania wskazane w treści referencji z dnia 3 lutego 2022 r. zostały faktycznie wykonane przez podmiot X... samodzielnie lub poprzez podwykonawców. Przystępujący był najprawdopodobniej podwykonawcą podmiotu X... przy wykonywaniu tych zadań. Jednocześnie wystawca referencji – podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że mimo realizowania zadania przez Konsorcjum, każdy z członków Konsorcjum odpowiadał za oddzielny fragment zadania. Mając to na uwadze podmiot EKO-NAJ A. R. wskazał, że informacji w zakresie tego, czy Przystępujący występował w kwestionowanym postępowaniu jako podwykonawca oraz jaki jest faktyczny zakres realizowanych przez niego czynności, może udzielić tylko podmiot X..., na zlecenie którego Przystępujący mógł wykonywać prace jako podwykonawca.

Następnie Zamawiający podniósł istotną dla sprawy okoliczność, że podmiot oznaczany jako „X.....” potwierdził zlecenie Przystępującemu wykonania zadań w charakterze podwykonawcy w ww. zadaniu.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp złożył wyjaśnienia wraz z dowodami.

W treści złożonych wyjaśnień wskazał, że brał udział w realizacji zamówienia publicznego, które wskazał w złożonym Wykazie dostaw jako podwykonawca i jedyny dostawca podmiotu oznaczonego jako „X...”. Jednocześnie w treści wyjaśnień Przystępujący

podał zakres robót realizowanych przez każdego z konsorcjantów. Zamawiający wskazał, że Przystępujący złożył także oświadczenie wystawione przez podmiot oznaczony jako „X...” oraz oświadczenie producenta systemu SDIP i dostawcy rozwiązania uruchomionego w ramach zadania podanego w złożonym Wykazie dostaw.

Zamawiający podniósł, że z oświadczenia złożonego przez podmiot oznaczony jako „X...” wynika, iż „(...) każdy z Wykonawców realizował określoną część zamówienia publicznego. Każdy z Wykonawców według własnego uznania korzystał i powierzył realizację części zadań podwykonawcom (...)”. Zamawiający wskazał także w treści odpowiedzi na odwołanie zakres rzeczowy, za który był odpowiedzialny podmiot oznaczony jako „X...” wynikający z oświadczenia tego podmiotu. Zakres ten, zgodnie z oświadczeniem podmiotu X... został przez niego powierzony podwykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o.

Okoliczności te zostały potwierdzone na rozprawie i nie były sporne.

Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów i dowodów uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu.

Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający po zakwestionowaniu faktu zrealizowania przez Przystępującego zakresu zadań w ramach zamówienia, na które Przystępujący powołał się w złożonym na wezwanie Zamawiającego Wykazie dostaw, skorzystał z procedury naprawczej uregulowanej w art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp i wezwał Przystępującego, jak również pierwotnego wystawcę referencji – podmiot EKO-NAJ A. R. do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie.

Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego ocena oświadczeń i dokumentów uzyskanych przez Zamawiającego od Przystępującego oraz od pierwotnego wystawcy referencji – podmiotu EKO-NAJ A. R., była słuszna.

Uzyskane wyjaśnienia i dokumenty w ocenie Izby są wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w kwestionowanym zakresie.

W szczególności Izba uznała, że złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oświadczenie podmiotu oznaczonego jako „X...” potwierdza udział Przystępującego w charakterze podwykonawcy w realizacji zamówienia ujętego przez Przystępującego w Wykazie dostaw. Jednocześnie w ocenie Izby treść referencji złożonych pierwotnie przez Przystępującego, których wystawcą był podmiot EKO-NAJ A. R. nie przeczy temu, by Przystępujący zrealizował zadania w ramach zamówienia, na które powołał się w złożonym Wykazie dostaw. Okoliczności tej nie neguje także treść wyjaśnień złożonych przez podmiot EKO-NAJ A. R. w piśmie z dnia 8 marca

2022 r. W ocenie Izby na podstawie całości dokumentów uzyskanych przez Zamawiającego od Przystępującego oraz od podmiotu EKO-NAJ A. R. zasadnym jest przyjęcie, że Przystępujący wykazał fakt zrealizowania zadań, na które powołał się w Wykazie dostaw.

Jednocześnie Izba za trafne uznała stanowisko Zamawiającego wyrażone w twierdzeniu, że treść odwołania nie została poparta konkretnymi dowodami, które stanowiłyby dowód przeciwny w stosunku do oświadczeń i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. W ocenie Izby Odwołujący z ww. dokumentów wyciąga mylny wniosek, który nie znajduje potwierdzenia w złożonych dokumentach.

Izba wzięła także pod uwagę, że Przystępujący mógł zostać niezgłoszony w realizacji wykazanych dostaw jako podwykonawca, jednak taka okoliczność nie powinna obciążać Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Wykonawcy Mydir.pl Company Sp. z o.o. z uwagi na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie.

W konsekwencji nieuwzględnienia omawianego wyżej zarzutu Izba nie stwierdziła, by przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: