

Sygn. akt KIO 1038/18

WYROK
z dnia 7 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2018 r. przez wykonawcę VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szczecińską Energetykę Ciepłą Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie

przy udziale wykonawcy AIUT Sp. z o.o. w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. w Gdyni tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. w Gdyni na rzecz Szczecińskiej Energetyki Ciepłej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie kwotę 4.760 zł 44 gr (słownie: cztery tysiące siedemset sześćdziesiąt złotych czterdzieści cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szczecińska Energetyka Ciepła Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wdrożenie systemu zdalnego odczytu ciepłomierzy i monitoringu węzłów ciepłych drogą GSM oraz systemu nadzoru dla sieci wykonanych w technologii rur preizolowanych na sieci ciepłowniczej Szczecina. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 28 listopada 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 475909. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. w Gdyni wniósł odwołanie 24 maja 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 89 ust i pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty AIUT Sp. z o.o. w Gliwicach, jako niespełniającej pkt 7.2 (2) SIWZ w zakresie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej tj, niezbędnej wiedzy i doświadczenia - punkt 7.2 (2) 2.1) lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”, przez zaniechanie wykluczenia AIUT Sp. z o.o., pomimo że nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 7.2 (2) 2.1) lit b SIWZ,
3. art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, poprzez zaniechanie przeprowadzenia należytego badania i oceny oferty AIUT Sp. z o.o. i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej,
4. art 24 ust 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia AIUT Sp. z o.o. i w

konsekwencji odrzucenia jego oferty, wobec złożenia oświadczenia o spełnianiu wymogów przetargowych w sytuacji braku spełnienia takiego warunku w dniu składania oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty AIUT Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty AIUT Sp. z o.o. Żądał również zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu opłaty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Wykonawca AIUT Sp. z o.o. w Gliwicach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 6 czerwca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 7.2 (2) SIWZ zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, w tym w pkt 2.1 warunki w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Lit. b tego postanowienia stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną dostawę obejmującą urządzenia do sygnalizacji alarmowej rur preizolowanych.

Zgodnie z pkt 8.2. lit. j) SIWZ zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania określonych w pkt 7.3 i 7.4 IDW tj. dowodów określających, czy dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, w szczególności zawierające informacje o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej

przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Termin składania ofert w upływał 5 stycznia 2018 r.

Zamawiający najwyżej ocenił ofertę przystępującego i zwrócił się do niego o złożenie m.in. oświadczeń lub dokumentów zgodnie z pkt 8.2. lit. j) SIWZ. W odpowiedzi przystępujący złożył poświadczenie wystawione przez Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. w Radomiu, w którym wskazano, że w roku 2017 dostarczył 100 sztuk urządzeń do diagnostyki i monitoringu rur sieci preizolowanych.

Po ocenie otrzymanych oświadczeń i dokumentów zamawiający pismem z 11 kwietnia 2018 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty przystępującego.

20 kwietnia 2018 r. zamawiający unieważnił tę czynność i pismem z 23 kwietnia 2018 r. wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Wskazał, że poświadczenie wystawione przez Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. w Radomiu nie zawiera stwierdzenia, czy zamówienie zostało wykonane należyte. W związku z tym zamawiający żądał złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie 100 sztuk urządzeń do diagnostyki i monitoringu rur sieci preizolowanych dla RADPEC S.A. np. referencji, protokołu odbioru itp.

Przystępujący odpowiedział pismem z 25 kwietnia 2018 r., w którym wskazał, że: *W celu uzupełnienia oferty niniejszym przedkładamy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie 100 sztuk urządzeń do diagnostyki i monitoringu rur (sieci) preizolowanych dla RADPEC S.A.:

1. Protokół odbioru usterek z 28 marca 2018 r.;
2. Protokołu końcowego odbioru Etap 1 z 5 marca 2018 r.

Protokół końcowego odbioru Etap 1 z 5 marca 2018 r. wskazywał, że zrealizowany zakres prac AIUT Sp. z o.o. obejmował:

1. Zaprojektowanie systemu;
2. Montaż i uruchomienie urządzeń dla 601 punktów pomiarowych w tym 518 do odczytu ciepłomierzy i 83 do odczytu wodomierzy;
3. Montaż i uruchomienie 150 urządzeń diagnostycznych stanu preizolacji;
4. Dostawa 5 szt. urządzeń wraz z oprogramowaniem i kartami komunikacyjnymi GSM do konfiguracji urządzeń na obiektach;
5. Uruchomienie aplikacji na serwerze wykonawcy.

W protokole stwierdzono również, że:

1. Przedmiot umowy został wykonany zgodnie z umową 755/2017 z dnia 09.08.2017 r.
2. Przedmiot umowy posiada usterki określone w załączniku Nr 1 do protokołu, które wykonawca zobowiązuje się usunąć w terminie do dnia 23.03.2018 r.

Wykaz tych usterek zawarty został w protokole odbioru usterek z 28 marca 2018 r. Wskazane są w nim następujące usterek:

1. W załączniku 2A wykazano wykaz błędów z całej sesji do poprawienia przez AIUT w aplikacji SIMAX i na obiektach. Wartość odczytanych wskazań w programie telemetrycznym musi być zgodna z faktycznym stanem liczydła a w przypadku wodomierzy tak nie jest.;

2. AIUT poprawi w aplikacji SIMAX w definicjach alarmów stosowane jednostki to znaczy [W] zastąpione [kWj];

3. AIUT uzgodni jednostki fizyczne raportów z jednostkami stosowanymi w alarmach;

4. W pliku IMR AIUT uzupełni kod błędu INFO ciepłomierza wraz z legendą kodów;

5. W zakładce użytkowników AIUT przedstawi procedurę nadawania loginów i haseł klientom RADPEC wraz z określeniem kryteriów jakie powinny spełniać dane logowania oraz sposób zmiany haseł;

6. W lokalizacji grupującej AIUT określi procedurę zmiany nazwy grupy do przypisanych lokalizacji;

Wartości wyświetlane w programie WebSimax w przypadku nieprawidłowego stanu rurociągu preizolowanego lub podłączenia masy, są wartościami niejednoznacznymi, a wynikającymi z przyjętego przez firmę AIUT sposobu pomiaru, nie opisanego w instrukcji.

Umożliwi przesyłanie alarmów od mierzonych wartości wraz z raportowaniem (progi alarmowe programowalne).

Protokół stwierdza również, że w dniu jego podpisania brak zdefiniowanych przez RADPEC progów alarmowych (zostały usunięte przy zmianie oprogramowania SIMAX przez firmę AIUT).

W przypadku każdej z wymienionych usterek protokół zawiera stwierdzenie, że zostały one usunięte.

Zamawiający pismem z 14 maja 2018 r. poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, co stało się podstawą do wniesienia odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie jest niezasadne.

Przed wszystkim należy mieć na względzie, że warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 7.2.(2) 2.1. lit. b) SIWZ dotyczy wyłącznie dostaw, zatem to dostawy obejmujące urządzenia do sygnalizacji alarmowej rur preizolowanych potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się temu,

aby jasno wyrażone wymaganie zamawiającego wyklądać w sposób rozszerzający uzupełniając je o treści, które nie zostały tam zapisane. Do poglądu przeciwnego nie prowadzi powołany przez odwołującego pkt 8.2. lit. j) SIWZ, w którym zamawiający zapisał, że dowód określający, czy dostawy wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, powinien w szczególności zawierać informacje o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że stwierdzenie dotyczące potwierdzenia należytego wykonania i prawidłowego ukończenia robót budowlanych zostało zamieszczone omyłkowo. Całość tego postanowienia ma za przedmiot oświadczenia lub dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów należyte wykonanie dostaw potwierdzają wyłącznie, dowody w postaci referencji lub innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, nie zaś dokumenty potwierdzające wykonanie robót zgodnie z przepisami prawa budowlanego i ich prawidłowe ukończenie. W tym stanie rzeczy użyte przez zamawiającego sformułowanie dotyczące dokumentu poświadczającego należyte wykonanie dostaw, które jest niezgodne z obowiązującymi przepisami należy traktować jak nienapisane (art. 58 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Stanowisko odwołującego o niewykazaniu przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o wprowadzeniu w błąd zamawiającego w tym zakresie opiera się na dwóch tezach. Po pierwsze: z uwagi na datę wystawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert. Po drugie: przystępujący nie wykazał, że umowa potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu została wykonana należycie.

Oba twierdzenia nie znajdują oparcia w ustaleniach Izby.

Izba zważyła, że z poświadczenia złożonego przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wynika wykonanie dostaw przed upływem terminu składania ofert. Dostawy zostały wykonane w roku 2017, zaś termin składania ofert upływał 5 stycznia 2018 r.

Do twierdzenia przeciwnego nie skłania analiza treści protokołów złożonych przez przystępującego w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie wynika z nich bowiem, aby dostawy zostały wykonane po upływie terminu składania ofert. Z protokołów wynika wprawdzie, że część elementów umowy została wykonana w roku 2018, a całość etapu pierwszego została przedstawiona do obioru 5 marca 2018 r., jednak nie ma to znaczenia dla wskazanego przez RADPEC terminu wykonania dostaw.

W ocenie izby w przypadku złożonych umów, obejmujących różne rodzaje świadczeń, dla wykazania spełnienia warunku udziału w innym postępowaniu, który obejmuje jedynie część tej umowy, można badać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do części umowy adekwatnej przedmiotowo do treści warunku, nie zaś wykonanie wszystkich świadczeń. Tak uczynił zamawiający w badanym postępowaniu i prawidłowo uznał, że dostawy zostały wykonane przez przystępującego przed upływem terminu składania ofert.

Data wystawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym znaczeniu, że dokument taki może być wystawiony po upływie terminu składania ofert. Pogląd przeciwny nie odpowiada prawu, gdyż o należywym wykonaniu umowy decyduje co do zasady treść dokumentu, a nie data jego wystawienia.

Izba uznała również, że złożone przez przystępującego protokoły odbioru potwierdzają należyte wykonanie dostaw. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umów mają charakter oceny, a ich treść podlega interpretacji. Dokonując ustalenia oceny wykonania dostawy przez przystępującego Izba zważyła przede wszystkim, że protokół odbioru z 5 marca zawiera stwierdzenie, że przedmiot umowy został wykonany zgodnie z umową. Żaden przepis ustawy, ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie zawiera wymagania, aby dokument referencyjny zawierał stwierdzenie „należyte wykonanie umowy”. Potwierdzać należyte wykonanie umowy mogą również inne równoznaczne stwierdzenia. W ocenie składu orzekającego oświadczenie o wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę zgodnie z umową jest równoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania (arg. z art. 354 § 1 k.c.).

Dostrzec też należy, że żadna pozycja z wykazu usterek zawartych w protokole z 29 marca nie odnosi się do urządzeń stanowiących przedmiot dostawy, o której mowa w warunku udziału w postępowaniu. Wszystkie odnoszą się do systemu. W braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała zatem, że protokoły złożone przez przystępującego potwierdzają należyte wykonanie dostaw, a ponieważ termin wykonania dostaw został wskazany w poświadczeniu, przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie dopuścił się zatem naruszeń przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego, w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp oraz z § 1 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Skoro przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie złożył nieprawdziwego oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Z tych samych przyczyn nie doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten został nieprawidłowo wskazany przez odwołującego jako osnowa prawna zarzutu odwołania, gdyż ma za przedmiot ofertę, zatem świadczenie oferowane przez wykonawcę –

aspekt przedmiotowy, podczas gdy przedmiotem sporu jest wykazanie podmiotowej zdolności do wykonania zamówienia. W konsekwencji zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia oraz koszty dojazdu na posiedzenie pełnomocnika odwołującego, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: