

Sygn. akt: KIO 567/17

Sygn. akt: KIO 660/17

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 kwietnia 2017 r. w Warszawie**, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **23 marca 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin (sygn. akt: KIO 567/17)**
- B. w dniu **3 kwietnia 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin (sygn. akt: KIO 660/17)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasta Poznań, pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Graph it Studio Sp. z o.o., ul. Stępańska 22/30 lok. 424, 00-739 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 660/17** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17 w zakresie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., jak i czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r., nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia – wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał Zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) SIWZ (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze). Izba nakazuje również złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

a) przestrzennego modelu parametrycznego;

b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Powyższe wezwanie dotyczy w szczególności konieczności uzupełnienia wykazu usług w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty. Nadto, Izba nakazuje wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego – zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego

– pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia – Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi (wezwanie w tym trybie może być nakazywane więcej niż jeden raz, nadto konieczne są dalsze wyjaśnienia).
W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

1B. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 660/17.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasta Poznań, pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** i **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Miasta Poznań, pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.3 zasądza od **Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. Piastów 30, 71-064 Szczecin; 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. Kępną 2B, 03-730 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** na rzecz **Miasta Poznań, pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań** kwotę **3 647 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 567/17

Sygn. akt: KIO 660/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Inwentaryzacja geodezyjna, geotechniczna i architektoniczna wraz z aktualizacją map do celów projektowych dla zadania inwestycyjnego „Projekt Centrum”*, Nr referencyjny: ZOU-XII.271.149.2016.MA zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 250 - 462122 z 28.12.2016 r., przez Miasta Poznań, pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 13.03.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu – Konsorcjum Firm: 1. Geomar SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik); 2. GEOMETRIO sp. z o.o. - Członek Konsorcjum ul. Kępną 2B 03-730 Warszawa, z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin zwany dalej: *„Konsorcjum Geomar”* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 567 /17 oraz KIO 660/17”* – na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*.

W dniu 22.03.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Graph it Studio Sp. z o.o., ul. Stępańska 22/30/424, 00-739 Warszawa zwana dalej: *„Graph it Studio Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym do sprawy o sygn. akt: KIO 660/17”*.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17:

W dniu 23.03.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Geomar wniosło odwołanie na czynności z 13.03.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.03.2017r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału określonych dla postępowania w SIWZ i w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega wykluczeniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

- art. 26 ust. 3 Pzp względnie art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania względem Odwołującego w zakresie ustalenia ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetektozem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty;

- art. 92 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r.,
- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu
- ponowne przeprowadzenie czynności oceny i badania złożonych przez Odwołującego dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału, w szczególności w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 13.03.2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetektozem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty.

Czynność wykluczenia poprzedzona była następującymi czynnościami Zamawiającego:

- czynność wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału dokonana na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp w dniu 10.02.2017 r.;

- czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków dokonana na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 28.02.2017 r., odnośnie wykazu usług w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w V.1.2) a) SIWZ oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych, które nie zostały do tej pory wymienione w referencjach, tj.: wykonanie przestrzennego modelu parametrycznego oraz wykonanie krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny;
- czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów dokonana na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w dniu 28.02.2017 r., w zakresie możliwości wykonania przez Odwołującego pomiarów georadarami i radiodetekтором w zakresie warunku określonego w V.1.2 a) SIWZ w związku z bezpośrednim sąsiedztwem budynków i infrastruktury służb wywiadu wojskowego oraz Ministerstwa Obrony Narodowej, a także wyjaśnienia, czy usługa ta była realizowana w ramach zamówienia publicznego oraz w jakim charakterze - wykonawcy czy podwykonawcy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego złożył:

- w dniu 15.02.2017 r. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- w dniu 06.03.2017 r. w odpowiedzi na wezwanie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - uzupełnienie dokumentów w wymaganym zakresie, to jest uzupełniony wykaz usług we wskazanym zakresie oraz uzupełniająco potwierdzenie należytego wykonania tych usług,
- w dniu 06.03.2017 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp - wyjaśnienia w zakresie udzielonego pytania.

Odwołujący wskazuje, że w związku z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, dokumenty uzupełnione na wezwanie Zamawiającego oraz złożone wyjaśnienia również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że podniesiony przez Zamawiającego zarzut, iż Odwołujący nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w Postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,

- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji.

Składając ofertę oraz Jednolity Dokument Zamówienia Odwołujący oświadczył, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie składając dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, w tym dokument wystawiony przez odbiorcę usług. Referencję z 31.01.2017 r. wraz ze szczegółowym opisem zakresu usług, wśród których wpisane są prace odpowiadające zakresem warunkowi udziału określonego w pkt V.1.2) a) SIWZ.

W toku postępowania Zamawiający wzywał co prawda Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, jednak dotyczyły one kwestii innego zakresu stawianego warunku określonego w pkt V.1.2) a) SIWZ. W szczególności Zamawiający wzywał do potwierdzenia wykonania przez Odwołującego przestrzennego modelu parametrycznego oraz wykonania krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny. Nie wzywał natomiast Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wykazu i referencji, w zakresie wykonania przez Odwołującego pomiarów georadarami i radiodetekтором w zakresie warunku określonego w V.1.2 a) SIWZ. Co więcej, z treści pisma w zakresie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości realizacji tego zakresu usług, Zamawiający nie kwestionuje, że z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, w szczególności zaś z treści referencji wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu usługi, nie wynikałoby, że Odwołujący zrealizował taką usługę. Odwołujący jedynie prosił o wyjaśnienie, na jakich zasadach usługi te mogły być wykonane z uwagi na sąsiedztwo budynków będących infrastrukturą o szczególnym charakterze. I na tak zadane pytanie Zamawiającego Odwołujący udzielił odpowiedzi w wyznaczonym terminie. Zamawiający nie prowadził natomiast żadnego postępowania, czy to w trybie art. 26 ust. 3 czy ust. 4 Pzp, w odniesieniu do warunku udziału w Postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
 - trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
 - nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty,
- a jednak zarzut rzekomego nie spełniania tego warunków udziału w Postępowaniu jest podstawą do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący wskazuje, że z treści złożonego przez niego listu referencyjnego potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wynika wprost iż, odwołujący realizował wszystkie prace wskazane przez Zamawiającego w pkt V.1.2) a) SIWZ. Zarzut postawiony Odwołującemu zatem jest bezzasadny. Nawet gdyby jednak zakres wykonanych czynności w zakresie rzekomego niespełniania przez Odwołującego warunku, budziłby wątpliwości Zamawiającego, to zobowiązany jest on, poprzez brzmienie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, do przeprowadzenia odpowiedniej procedury. O ile procedurę wzywania do uzupełnienia dokumentu można, zgodnie z przyjętym orzecnictwem, stosować jednokrotnie, to nadal jednokrotność odnosi się do konkretnego określonego przez Zamawiającego powodu uznania, że dokument zawiera błędy. Wezwanie musi być precyzyjne, w taki sposób, aby wykonawca wiedział jakie błędy popełnił i czego oczekuje od niego Zamawiający. W Postępowaniu Zamawiający, co wprost wynika z treści wezwania, nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia wykazu czy referencji o wykazanie się inwentaryzacją podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, a zakres prowadzonego postępowania wyjaśniającego, chociaż pośrednio dotyczył tej usługi, to nie odnosił się do samego faktu jej wykonania, tylko wyjaśnienia sposobu jej wykonania i na te pytania Zamawiający otrzymał odpowiedź. Zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu dotyczy tylko sytuacji, gdyby ponowne wezwanie odnosić by się miało do tych samych okoliczności co wezwanie pierwotne. Nie ma zatem przeszkód prawnych, by Zamawiający, zamiast wykluczać Odwołującego z udziału w postępowaniu, wszczął względem niego - o ile jest to niezbędne w jego ocenie - procedurę uzupełnienia wykazu lub referencji o informacje dotyczące inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem lub dalszych wyjaśnień zmierzających do ustalenia czy usługa została wykonana i w jaki sposób.

Odwołujący zaznacza również, że z treści pisma informującego Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania nie wynika w żaden sposób dlaczego i na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał się spełnianiem określonych wyżej warunków udziału w postępowaniu. Dla Odwołującego nie jest również oczywiste i jasne, czy Zamawiający kwestionuje co do zasady wykonanie takiej usługi przez Odwołującego i w związku z tym posiadanie odpowiedniego wymaganego doświadczenia, czy też jedynie w jego ocenie zakres wykonanej usługi nie obejmował wszystkich wskazanych elementów doświadczenia, a jeżeli tak to nie wskazał on jakich. Z tego punktu widzenia wykluczenie Odwołującego nie jest przez Zamawiającego uzasadnione faktycznie, czego wymagają przepisy prawa.

Odwołujący z ostrożności procesowej oświadcza, że posiada wymagane doświadczenie i realizował, co potwierdza wprost referencja z 31.01.2017 r., usługę, która obejmowała inwentaryzację podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty.

Usługa ta była realizowana przy użyciu odpowiedniego sprzętu, co z uwagi na miejsce realizacji usługi, zostało odpowiednio udokumentowane. Odwołujący jest gotów przeprowadzić odpowiednie postępowanie dowodowe potwierdzające wykonanie usługi, jak również dokumentujące sam jej przebieg, również w zakresie zastosowanego sprzętu (w tym również dokumentację fotograficzną). W związku z powyższym Odwołujący wnosił o wyłączenie jawności rozprawy w zakresie przeprowadzonego postępowania dowodowego.

Zamawiający w dniu 23.02.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Graph it Studio Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez P.Z. Nie załączono dokumentu rejestrowego dla osoby podpisującej. Uzasadnienie nie dopuszczenia zgłaszającego przystąpienie w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 07.04.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu.

I. W pierwszej kolejności należy wskazać, że podniesiony w Odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie może dotyczyć przedmiotowego postępowania, gdyż Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał żadnej czynności na podstawie powyższej normy prawnej.

II. Niewątpliwie chybione również są zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp, w których Odwołujący zarzuca Zamawiającemu wykluczenie z postępowania, pomimo spełnienia warunków określonych w SIWZ i w konsekwencji uznania na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oferty wykonawcy za odrzuconą. Czynności jakich dokonał Zamawiający są konsekwencją prawidłowo dokonanej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia, których treść nie pozwalała Zamawiającemu na pozytywną ich ocenę. Nie sposób bowiem uznać, że z dokumentów złożonych na wezwanie z 10.02.2017 r., a następnie z 28.02.2017 r. wynikało spełnienie przez Odwołującego postawionego w punkcie V. 1.2) a) SIWZ warunku doświadczenia. W żadnym ze złożonych przez Odwołującego wykazie usług, ani w datowanym na dzień 31.01.2017 r., ani w uzupełnionym wykazie usług z 03.03.2017 r., wykazana przez Odwołującego usługa nie została opisana w sposób pozwalający na weryfikację czy spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, gdyż nie zawierała szeregu czynności, których wykonywaniem winien się wykazać odwołujący. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił warunek doświadczenia następującej treści: *„Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał minimum jedną (zakończoną na dzień składania ofert) usługę obejmującą zakres czynności odpowiadający przedmiotowemu zamówieniu (bez względu na wartość), tj. obejmującą prace inwentaryzacyjne na przynajmniej dwustumetrowym odcinku wielopasmowej ulicy zlokalizowanej w zabudowie śródmiejskiej i jednocześnie strefie ochrony konserwatorskiej, na której znajdują się łącznie - torowisko tramwajowe, jezdnie asfaltowe, chodniki piesze, skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną oraz złożona infrastruktura sieciowa (łącznie: wodociąg, kanalizacja deszczowa sanitarna, gazociąg, sieć ciepłownicza, sieć energetyczna, instalacja oświetlenia ulic, instalacja sygnalizacji kierowania ruchem oraz sieci telekomunikacyjne), w ramach których łącznie:*

- *wykonano pomiar geodezyjny następujących elementów infrastruktury miejskiej: pierzei frontowych elewacji budynków, zieleni miejskiej, torowiska tramwajowego oraz jezdni asfaltowych i chodników za pomocą trójwymiarowego skanera laserowego (typu LIDAR) z dokładnością 2 mm;*
- *wykonano połączenie ww. pomiarów stanowiących w foto realistyczną chmurę punktów pomiarowych poprzez nawiązanie do wyrównanej geodezyjnej osnowy roboczej z dokładnością 15 mm, przygotowaną do przestrzennego poruszania się po nich w dowolnym kierunku po całej przestrzeni obiektu i zapisaną w Państwowym Układzie Współrzędnych Geodezyjnych 2000;*

- wykonano inwentaryzację podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetektorem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:
 - położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
 - trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
 - nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty.
- wykonano w Państwowym Układzie Współrzędnym Geodezyjnych 2000 i zgodnie z normą ISO16739:2013, przestrzennego modelu parametrycznego, obejmującego łącznie: pierzeje frontowych elewacji budynków, jezdnie asfaltowe, chodniki pieszce, torowiska tramwajowe, zieleń miejską, wodociąg, kanalizację deszczową i sanitarną, gazociąg, sieć ciepłowniczą, sieć energetyczną, instalację oświetlenia ulic, instalację sygnalizacji kierowania ruchem oraz sieci telekomunikacyjne z użyciem narzędzi elektronicznego modelowania informacji o budowlach;
- wykonano krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440), prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny."

Wykonawcy, działając z należytą starannością, na potwierdzenie powyższego warunku winni złożyć wykaz usług opisując w nim przedmiot usługi w taki sposób, aby Zamawiający mógł porównać wymienione w wykazie czynności ze wskazanymi w warunku czyli w taki sposób, aby Zamawiający mógł dokonać oceny spełnienia warunku.

We wzorze oświadczenia, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ - Wykaz usług, Zamawiający w sposób jednoznaczny zobowiązał wykonawców do wykazania spełnienia warunku określonego punkcie V. 1.2) a) SIWZ, poprzez opisanie przedmiotu wykonanej usługi. W złożonym przez Odwołującego wykazie usług w kolumnie pn. „przedmiot usługi” widniał ogólny opis usługi: „wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej metodą skaningu laserowego ulicy i elewacji budynków wraz z opracowaniem wektorowego modelu BIM przestrzeni ulicy w Al. Niepodległości w Warszawie na odcinku od skrzyżowania z ul. Koszykową (wraz ze strefą skrzyżowania do ul. Nowowiejskiej.” Z informacji tej wynikała tylko:

- metoda usługi inwentaryzacji geodezyjnej, którą dokonano inwentaryzacji ulicy i elewacji budynków,
- opracowanie wektorowe modelu BIM przestrzeni ulicy,
- obszar, na którym usługa była wykonywana, którego weryfikacji pod względem zgodności z postawionym warunkiem Zamawiający dokonał już samodzielnie.

Za pomocą powszechnie dostępnych narzędzi i posiadanej wiedzy Zamawiający samodzielnie zweryfikował długość odcinka ulicy, na którym Odwołujący deklaruje wykonywanie usługi, średniejszą charakterystykę ulicy, strefę ochrony konserwatorskiej, torowisko tramwajowe, jezdnię asfaltową, chodniki piesze, sygnalizację świetlną oraz złożoną infrastrukturę sieciową.

Dokonując samodzielnie tej identyfikacji, Zamawiający powziął istotne wątpliwości dotyczące możliwości wykonania wymaganej w warunku inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku której zidentyfikowano by:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączeń studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np. nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty, w związku bezpośrednim sąsiedztwem budynków i infrastruktury służb wywiadu wojskowego oraz Ministerstwa Obrony Narodowej - czyli infrastruktury teletechnicznej o specjalnym charakterze.

Mając powyższy wynik badania spełnienia warunku doświadczenia przez Odwołującego, Zamawiający działając z należytą starannością na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego m.in. do „uzupełnienia wykazu usług w zakresie postawionym w warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie V.1.2) a) SIWZ”. Dodatkowo na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający wezwał również Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na jakich zasadach ten „mógł dokonać pomiarów georadarami i radiodetekтором - czyli wykonać inwentaryzację podziemnej infrastruktury sieciowej w zakresie wymaganym w warunku (...) w związku z bezpośrednim sąsiedztwem budynków i infrastruktury służb wywiadu wojskowego oraz Ministerstwa Obrony Narodowej (...)”?

Zamawiający zadał też Odwołującemu pytanie dotyczące zamawiającego zlecającego powyższą usługę, gdyż powziął wątpliwości dotyczące celu i możliwości zlecenia takiej usługi przez podmiot prywatny.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego:

1) do uzupełnienia oświadczenia - wykazu usług Odwołujący uzupełnił wykaz tylko o wybrane - nie wszystkie czynności wskazane w warunku doświadczenia, w tym nie wymienił usługi inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty.

2) do wyjaśnienia możliwości wykonania inwentaryzacji podziemnej na infrastrukturze o szczególnym charakterze (wywiad wojskowy, MON) Odwołujący w sposób nonszalancki przywołał cytaty ze złożonych przez siebie wcześniej referencji „wszelkie prace terenowe zostały uprzednio zgłoszone odpowiednim służbom”;

Odpowiedź tego rodzaju nie mogła być uznana za wyczerpujące wyjaśnienia, ani też uprawdopodobnić spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej.

Oczywistym było, że skoro Zamawiający zna treść wcześniej złożonych referencji, a prosi o dodatkowe wyjaśnienia, to oczekuje bardziej szczegółowej informacji, a nie przywołania zdania z już posiadanych dokumentów.

3) Odwołujący udzielił również zaskakującej dla Zamawiającego informacji, że wykazana przez niego usługa była zamówieniem komercyjnym. Nieprawdopodobnym wydawała się realizacja innowacyjnej usługi o dużej wartości z zaangażowaniem wysokospecjalistycznego sprzętu i najnowszych technologii na terenie zamkniętym zlecona przez podmiot prywatny, którego interes w uzyskaniu takich danych, najogólniej rzecz mówiąc był niejasny.

Zamawiający pozostawił jednak wątpliwości wskazane w pkt 2) i 3) powyżej jako bezprzedmiotowe, wobec faktu posiadania uzupełnianego już na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu usług, o treści nie pozwalającej na pozytywną ocenę spełnienia warunku doświadczenia. Tym samym Odwołujący nie potwierdził, iż spełnia określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „(...) w sytuacji niezłożenia przez wykonawcę wymaganych oświadczeń lub dokumentów mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca nie potwierdza faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z tego bynajmniej, że wykonawca ten nie jest w stanie wykonać zamówienia i, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W myśl bowiem zasady, że ciężar udowodnienia faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, wykonawca winien wykazać, załączając wymagane oświadczenia i dokumenty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podobnie należy ocenić sytuację, w której wykonawca składa oświadczenie lub dokument, lecz z oświadczenia tego lub dokumentu nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) Zamawiający powinien był

wezwać wykonawcę zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (...) w wymaganym zakresie, a w przypadku, gdyby wykonawca nie przedłożył w wyznaczonym terminie odpowiednich dokumentów, zamawiający zobowiązany byłby wówczas do wykluczenia go z postępowania (...)" (uchwała KIO z 24.05.2011 r., KIO/KD 44/11). Zatem Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia polegającego na wykluczeniu Odwołującego uznając, że nie wykazał on spełnienia warunku doświadczenia.

III. Odwołujący zarzucił też Zamawiającemu naruszenie norm zawartych w „art. 26 ust. 3 Pzp względnie art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania względem Odwołującego w zakresie ustalenia ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej (...)”. Tymczasem, jak już wcześniej wskazane zostało pkt II. powyżej, Zamawiający zastosował się do obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp i wezwał Odwołującego zarówno do uzupełnienia wykazu usług w zakresie postawionym w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2.a) SIWZ, jak i poprosił o wyjaśnienie wątpliwości związanych z możliwością wykonania usługi inwentaryzacji infrastruktury podziemnej w sąsiedztwie obiektów i terenów zamkniętych.

Prawidłowość przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury potwierdza również wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp dokonywana przez KIO: „(...) wskazać należy, że zamawiający może żądać uzupełnienia tych samych dokumentów tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). Umożliwienie zamawiającemu wielokrotnie zwracania się do wykonawców o uzupełnienie tych samych dokumentów stanowiłoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić jednocześnie należy, że mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. (...) Procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenie mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie. (...) (wyrok KIO z 06.11.2015 r., KIO 2336/15).

W przedmiotowym postępowaniu, podobnie jak w okolicznościach przywołanej w w/w wyroku sprawy, nie złożenie przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z 10 lutego

2017 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wykazu usług w wymaganym zakresie spowodowało, że Odwołujący nie mógł już popełnić błędu w uzupełnianym w dniu 06 marca 2017 r. wykazie usług. Jak się okazało i w przedmiotowym postępowaniu, miało to zasadnicze znaczenie, gdyż Odwołujący ponownie składając wykaz usług o treści niepozwalającej na potwierdzenie spełnienia warunku, nie mógł liczyć na kolejne wezwanie do jego uzupełnienia, z uwagi na zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia tych samych dokumentów. Ponowne wezwanie Zamawiającego dotyczyłoby bowiem tego samego dokumentu przedmiotowego, co uznać należy za niedopuszczalne.

Nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, że *„nawet gdyby jednak zakres wykonywanych czynności w zakresie rzekomego niespełnienia przez Odwołującego warunku, budziłyby wątpliwości Zamawiającego, to zobowiązany jest on, poprzez brzmienie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, do przeprowadzenia odpowiedniej procedury”*. Podobnie nieprawdziwe są teorie Odwołującego jakoby nie było *„przeszkód prawnych, by Zamawiający, zamiast wykluczyć Odwołującego z udziału w Postępowaniu, wszczął względem niego - o ile jest to niezbędne w jego ocenie - procedurę uzupełnienia wykazu lub referencji o informacje dotyczące inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej (...) lub dalszych wyjaśnień zmierzających do ustalenia czy usługa została wykonana i w jaki sposób”*. Albowiem, wezwanie do wyjaśnień dotyczących brakujących czynności jakimi mógł się wykazać. Odwołujący, zarówno w pierwotnie złożonym wykazie usług, a następnie w uzupełnionym wykazie usług, prowadziłoby do kreowania przez Zamawiającego zakresu usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W rzeczywistości wezwanie do wyjaśnień (drugie wezwanie) skutkowałoby złożeniem „nowego” - trzeciego już oświadczenia - wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku, (KIO/KD 44/11) Sytuacja taka z całą pewnością naruszałaby przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp a także podstawowe zasady rządzące prawem zamówień publicznych - zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, Odwołujący mija się z prawdą i nieudolnie próbuje kreować rzeczywistość, wskazując na nieprecyzyjność wezwania, polegającą rzekomo na tym, że Zamawiający w swoim wezwaniu do uzupełnienia wykazu czy referencji odniósł się tylko pośrednio, a nie wprost o wykazanie się inwentaryzacją podziemnej infrastruktury. Odwołujący zapomniał, że to na nim spoczywa prawny obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie ma obowiązku, wręcz nie jest dopuszczalne, aby z własnej inicjatywy kreował treść składanych przez wykonawców oświadczeń. Wezwanie do uzupełnienia wykazu dotyczyło całego zakresu czynności wymienionych w warunku, a nie jak sugeruje Odwołujący przestrzennego modelu parametrycznego oraz wykonania

krótkometrażowego filmu. Interpretacja sugerowana przez Odwołującego przeczy logice i prawdzie. Odwołujący w swoim piśmie z 03.03.2017 r. (pismo złożone w odpowiedzi na wezwanie) posługuje się dokładnie takimi samymi sformułowaniami, jakimi posłużył się Zamawiający w wezwaniu: „(...) Lider Konsorcjum - Pełnomocnik przedkłada uzupełniony wykaz usług w zakresie postawionym w warunku udziału w postępowaniu określonym w punkcie V.1.2) a) SIWZ oraz oświadczenie (...)” Skoro Odwołujący użył tej samej treści składając dokumenty i wyjaśnienia, nie zmienił jej na „bardziej precyzyjną”, dowodzi temu, że zarzut nieprecyzyjności pojawił się jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Na marginesie należy zauważyć, że gdyby Odwołujący nie prowadził korespondencji z Zamawiającym sposób nonszalancki i nie unikał składania jednoznacznych oświadczeń i wyczerpujących wyjaśnień, nie wykluczone, że ich treść mogłaby wówczas stanowić uzupełnienie wykazu usług, przy założeniu, że Odwołujący wykonał usługę, w takim zakresie jak twierdzi w odwołaniu. *„Chociaż przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych stanowią postawy do odrębnych czynności (odpowiednio - uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień), czasami w praktyce może się okazać, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych satysfakcjonujące są wyjaśnienia, a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych konieczne stanie się złożenie dokumentów.”* (KIO 2278/15).

Jednak w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przede wszystkim nie dał sobie szansy, a Zamawiającemu możliwości pozytywnej weryfikacji spełnienia warunku doświadczenia. W myśl bowiem zasady, że ciężar udowodnienia faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, Odwołujący winien wykazać, załączając wymagane oświadczenia i dokumenty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem zastosowana przez Odwołującego praktyka w zakresie udzielenia wyjaśnień nie pozwoliła Zamawiającemu na pozytywną ocenę spełnienia warunku i winna zostać oceniona krytycznie.

IV. Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp niezwłocznie poinformował Odwołującego o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wskazując wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne: *„Uzasadnienie faktyczne*

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetektorem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- *położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,*
- *trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,*
- *nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty. Uzasadnienie prawne*

Art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Prawo zamówień publicznych („Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [...]”). Zgodnie z art 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznano za odrzuconą.”

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że z treści informacji cytowanej powyżej „nie jest oczywiste i jasne, czy Zamawiający kwestionuje, co do zasady wykonanie takiej usługi przez Odwołującego i w związku z tym posiadanie odpowiedniego wymaganego doświadczenia, czy też jedynie w jego ocenie zakres wykonanej usługi nie obejmował wszystkich wskazanych elementów doświadczenia, a jeżeli tak to nie wskazał on jakich.” Doprawdy, nie sposób ustalić na jakiej podstawie Odwołujący formułuje takie wątpliwości, gdyż jednoznacznie Zamawiający poinformował go, że „nie wykazał spełnienia warunków (...) w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetektorem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- *położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,*
- *trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,*
- *nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty.”*

Powyższe czyni nieprawdziwym też zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 660/17:

W dniu 03.04.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Geomar wniosła odwołanie na czynności z 22.03.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.04.2017r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, w szczególności w analogicznych sytuacjach w toku procedury badania ofert wykluczenia

jednego wykonawcy z udziału w postępowaniu, podczas gdy względem innego wykonawcy mimo ewidentnych sprzeczności w dokumentacji zaniechano nawet procedur wyjaśniania dokumentu z art. 26 ust. 4 Pzp, czy też uzupełnienia dokumentu z art. 26 ust. 3 Pzp,

- art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści wykazu usług złożonego przez Graph'it Studio Sp. z o.o. w kontekście treści warunków udziału w postępowaniu oraz treści poświadczenia należytego wykonania umowy z 26.10.2016 r. w zakresie opisanym w odwołaniu,

- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Graph'it Studio Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego realizację usługi w zakresie wynikającym z warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SIWZ wraz z dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie, a w przypadku jego nieuzupełnienia - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu jako wykonawcy który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- względnie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Graph'it Studio Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu jako wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo iż badanie oferty i znajomość wyników realizacji zamówienia referencyjnego przez Zamawiającego wskazuje, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

- art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Graph'it Studio Sp. z o.o., jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r.,

- ponowne przeprowadzenie czynności oceny i badania oferty Graph'it Studio Sp. z o.o. w zakresie spełniania warunków udziału, w szczególności w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu

- wezwanie do wyjaśnienia wykazu usług Graph'it Studio Sp. z o.o. w zakresie dat realizacji zamówienia referencyjnego, spełnienia warunków udziału w zakresie realizacji zamówienia przy użyciu wymaganego sprzętu, w sposób bezinwazyjny oraz osobiście przez tego wykonawcę,

- wykluczenie Graph'it Studio Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu jako wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie w związku z wniesieniem przez Odwołującego w dniu 23.03.2017 r. odwołania od czynności jego wykluczenia z postępowania, w celu zachowania zasady

koncentracji postępowania odwoławczego, Odwołujący wnosi o połączenie do wspólnego rozpoznania odwołania rozpatrywanego pod sygn. akt: KIO 567/17 wraz z niniejszym Odwołaniem, a w konsekwencji zwrot, niezależnie od wyniku postępowania, uiszczony w związku z niniejszym odwołaniem wpisu. Połączenie spraw do wspólnego rozpoznania ma istotne znaczenie dla całości postępowania, a wynik sprawy toczącej się pod sygn. akt: KIO 567/17 ma bezpośredni wpływ na zasadność popierania odwołania wniesionego w niniejszej sprawie. Należy w tym miejscu przypomnieć, że postępowanie kończy się dopiero z chwilą udzielenia zamówienia, zatem do tej chwili każdy wykonawca ciągle zachowuje swój status, bez względu na inne działania zamawiającego. Co więcej, przecież do tej chwili każdy zamawiający ma obowiązek zmienić swoje zdanie, aby doprowadzić postępowanie do zgodności z Pzp, zwłaszcza jej art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Gdyby wykonawca tracił status wykonawcy już z chwilą wydania niekorzystnego dla niego orzeczenia KIO, to niemożliwe byłoby wniesienie skargi lub rozpatrzenie jej merytorycznie przez SO. Tymczasem Sądy dotychczas w żadnym takim przypadku nie odrzuciły skargi, i nie posłużyły się argumentem, że skarżący nie jest już wykonawcą. Z punktu widzenia podstawowej zasady rządzącej zamówieniami publicznymi, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, konieczne jest umożliwienie każdemu wykonawcy skontrolowania zamawiającego pod kątem przestrzegania zasady opisanej w art. 7 ust. 3 Pzp. Fałszywe poczucie bezkarności jednak powoduje, iż wybiera ofertę, która zawiera poważne i nienaprawialne błędy, lub nie podejmuje żadnych rzetelnych i profesjonalnych działań w stosunku do takiej oferty, tylko dlatego, że jest jedyną nieodrzuconą. Należy więc stanowczo podkreślić, że status wykonawcy przyznawany jest raz na całe postępowanie, a podmiot traci go dopiero w momencie zakończenia postępowania, tj. w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli to nie z nim dana umowa została zawarta lub w sytuacji prawomocnego unieważnienia postępowania. Przyjęcie innego stanowiska jest sprzeczne z definicją „wykonawcy”. Sprzeciwić więc należy się również próbom dokonywania zawężającej interpretacji tego przepisu, w szczególności z uwagi na zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceniając powyższe warto posłużyć się również jednym z orzeczeń TS, gdzie w sprawie C- 440/13 Croce Amica One Italia Srl, wskazano, że procedury odwoławcze mają służyć zachowaniu istotnych zasad prawa Unii, w szczególności tych przewidzianych w dyrektywie 2004/18 lub przepisach krajowych transponujących te zasady, zatem zawsze istnieje konieczność ochrony uczciwej konkurencji, oraz wyboru wyłącznie tylko takiego wykonawcy, którego wybór był zgodny z prawem. A więc jedynie w takim przypadku gdy wybór wykonawcy odbył się zgodnie z prawem. W dniu 13.03.2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 12 Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetektozem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty.

Od czynności tej w dniu 23.03.2017 r., czyli w terminie ustawowym, Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc w szczególności o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i nakazanie Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności oceny i badania złożonych przez Odwołującego dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału, w szczególności w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Termin posiedzenia w tej sprawie wyznaczony jest na dzień 06.04.2017 r. Niezależnie, Zamawiający w dniu 22.03.2017 r. dokonał w postępowaniu czynności wyboru oferty wykonawcy Graph'it Studio Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, o czym w tym samym dniu powiadomił Odwołującego. Oferta tego wykonawcy jest jedyną pozostałą ofertą w postępowaniu na dzień składania odwołania. Odwołujący, jako że nadal posiada status wykonawcy - wnosząc odwołanie od bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania nadal ubiega się o uzyskanie zamówienia - ma interes we wniesieniu środka ochrony prawnej od tej czynności Zamawiającego. W przypadku uwzględnienia odwołania z 23.03.2017 r. Zamawiający będzie zobowiązany do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, a w przypadku jego przywrócenia do postępowania, jego oferta będzie najkorzystniejsza w postępowaniu. Tym samym niezbędne jest podjęcie działań zmierzających do wykazania, że wybór oferty Graph'it Studio Sp. z o.o. dokonany został z naruszeniem prawa, gdyż w przypadku nie kwestionowania przez Odwołującego decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r. z upływem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej stałaby się ona prawomocna, a uwzględnienie odwołania z 22.03.2017 r. mogłoby pozostać bez wpływu na wynik postępowania mimo, iż to oferta Odwołującego jest w nim najkorzystniejsza.

Odwołujący dokonał badania oferty Graph'it Studio Sp. z o.o. oraz dalszej korespondencji z Zamawiającym w postępowaniu, a także zanalizował dostępne mu informacje dotyczące działalności tego wykonawcy i doszedł do wniosku, że Zamawiający co

najmniej zaniechał w postępowaniu równego traktowania podczas czynności badania ofert w stosunku do Odwołującego i wykonawcy Graph'it Studio Sp. z o.o. w wyniku czego doszło do wyboru oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, i w rzeczywistości ich nie spełnia mimo składanych oświadczeń. Gdyby Zamawiający czynności badania ofert prowadził w sposób jednakowo wnikliwy, doszedłby do wniosku, że w ofercie Graph'it Studio Sp. z o.o. są zawarte informacje, które co najmniej powinny podlegać dalszemu wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp lub uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp względnie, że został wprowadzony przez tego wykonawcę w sposób zamierzony w błąd w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wynik tych czynności miałby zatem wpływ na ocenę całości oferty tego wykonawcy. Czynności te przy tym winien Zamawiający podjąć również wówczas, gdy jedyna wykazana usługa potwierdzająca kwalifikacje tego wykonawcy była realizowana na rzecz Zamawiającego. Nie jest to bowiem w świetle przepisów Pzp i rozporządzeń wykonawczych przesłanka do mniej wnikliwego badania oferty.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Rozdz. V pkt 2 lit. a) SIWZ, wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał minimum jedną (zakończoną na dzień składania ofert) usługę obejmującą zakres czynności odpowiadający przedmiotowemu zamówieniu (bez względu na wartość), tj. obejmującą prace inwentaryzacyjne na przynajmniej dwustumetrowym odcinku wielopasmowej ulicy zlokalizowanej w zabudowie śródmiejskiej i jednocześnie strefie ochrony konserwatorskiej, na której znajdują się łącznie - torowisko tramwajowe, jezdnia asfaltowa, chodniki piesze, skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną oraz złożona infrastruktura sieciowa (łącznie: wodociąg, kanalizacja deszczowa i sanitarna, gazociąg, sieć ciepłownicza, sieć energetyczna, instalacja oświetlenia ulic, instalacja sygnalizacji kierowania ruchem oraz sieci telekomunikacyjne), w ramach których łącznie:

a) wykonano pomiar geodezyjny następujących elementów infrastruktury miejskiej: pierzei frontowych elewacji budynków, zieleni miejskiej, torowiska tramwajowego oraz jezdni asfaltowych i chodników za pomocą trójwymiarowego skanera laserowego (typu LIDAR) z dokładnością 2 mm;

b) wykonano połączenie ww. pomiarów stanowiących w fotorealistyczną chmurę punktów pomiarowych poprzez nawiązanie do wyrównanej geodezyjnej osnowy roboczej z dokładnością 15 mm, przygotowaną do przestrzennego poruszania się po nich w dowolnym kierunku po całej przestrzeni obiektu i zapisaną w Państwowym Układzie Współrzędnych Geodezyjnych 2000;

c) wykonano inwentaryzację podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetektorem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty,

d) wykonano w Państwowym Układzie Współrzędnym Geodezyjnych 2000 i zgodnie z normą ISO16739:2013, przestrzennego modelu parametrycznego, obejmującego łącznie: pierzeje frontowych elewacji budynków, jezdnie asfaltowe, chodniki piesze, torowiska tramwajowe, zieleń miejską, wodociąg, kanalizację deszczową i sanitarną, gazociąg, sieć ciepłowniczą, sieć energetyczną, instalację oświetlenia ulic, instalację sygnalizacji kierowania ruchem oraz sieci telekomunikacyjne z użyciem narzędzi elektronicznego modelowania informacji o budowlach;

e) wykonano krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440), prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Graph'it Studio sp. z o.o. złożył w postępowaniu wykaz wykonanych usług, wskazując na jedną usługę wykonaną na rzecz Zamawiającego w postępowaniu, tj. Urzędu Miasta Poznania. Usługa ta była, zgodnie z wykazem, realizowana w okresie 07.09. – 28.10.2016 r. W opisie usług Graph'it Studio Sp. z o.o. wskazał jedynie, że „przedmiotem usługi była inwentaryzacja infrastruktury przebiegającej przez zabudowę śródmiejską w strefie ochrony konserwatorskiej, na odcinku 0,54 km wielopasmowej ulicy Św. Marcin, wielopasmowej ul. F. Ratajczaka”. W pozostałym zakresie wykonawca nie przedstawił informacji potwierdzających spełnienie warunku i odesłał do złożonego poświadczenia należytego wykonania zamówienia wystawionego przez Urząd Miasta Poznania, Wykonawca oświadczył również w wykazie, że wskazaną usługę wykonał osobiście Graph'it Studio Sp. z o.o., W dokumencie JEDZ, odpowiednio, w tym zakresie nie wykazał posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. W zakresie tych dokumentów Zamawiający nie prowadził z wykonawcą Graph'it procedury w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czy też art. 26 ust, 4 Pzp. Tymczasem, jak stwierdził Odwołujący szereg informacji podanych w tych dokumentach, w kontekście wymagania określonego w SIWZ, wymaga co najmniej przeprowadzenia wyjaśnień co do złożonej treści.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje na brak spójności w oświadczeniach wykonawcy Graph'it Studio sp. z o.o. i odbiorcy usługi - Zamawiającego - co do dat jej wykonania. Zgodnie z wykazem, jak twierdzi Graph'it Studio sp. z o.o., prace zostały

wykonane w okresie 07.09. – 28.10.2016 r. Tymczasem poświadczenie należytego wykonania zamówienia wystawione przez Urząd Miasta Poznania datowane jest na dzień 26.10.2017 r., czyli na dwa dni przed zakończeniem realizacji zamówienia według oświadczenia Graph'it Studio Sp. z o.o. Rozbieżność ta jest istotna, gdyż w samej treści poświadczenia nie wskazano dokładnych dat realizacji prac, poza określeniem, że były one realizowane w roku 2016. O ile dla spełnienia warunku co do zasady taka data nie ma znaczenia, gdyż mieści się w okresie referencyjnym wskazanym w SIWZ, o tyle ma ona znaczenie dla ustalenia, czy na dwa dni przed zakończeniem realizacji prac można stwierdzić, że zostały one wykonane należycie, a dla Odwołującego nie jest to oczywiste. Odwołujący poddaje również w wątpliwość terminowe wykonanie tej usługi, w szczególności, że z treści referencji wynika jej zakres, ale nie wynika fakt, że usługa została zrealizowana należycie, a zatem również w terminie określonym w umowie. O ile Zamawiający w szczegółowy sposób poddał badaniu wykaz złożony przez Odwołującego w jego ofercie, o tyle takiej samej miary nie przyłożył do oferty Graph'it Studio Sp. z o.o.

2. Odwołujący wskazał również, że ani z wykazu wskazanego powyżej ani też z samej treści poświadczenia należytego wykonania usługi nie wynika, spełnienie wszystkich warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SIWZ dla posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Przede wszystkim Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem pomiaru geodezyjnego we wskazanych elementach infrastruktury miejskiej za pomocą trójwymiarowego skanera laserowego (typu LID AR) z dokładnością 2 mm. Z informacji posiadanych przez Odwołującego, brak wskazania tej informacji zarówno w wykazie jak i dokumencie wystawionym przez Zamawiającego jest uzasadniony - referencyjne zamówienie nie było bowiem realizowane z użyciem takiego urządzenia. Było ono realizowane urządzeniem Leica C 10, które nie jest tak dokładne, zgodnie z oświadczeniem producenta zawartym w specyfikacji technicznej urządzenia wynosi ona 4mm dla dokładności pomiaru odległości i 6 mm dla dokładności pomiaru położenia (3D) w zakresie odległości 1-50m. Przez dokładność pomiaru należy rozumieć dokładność wyznaczenia przestrzennego położenia mierzonego punktu. Na błąd ten wpływają trzy składowe: błąd pomiaru odległości do punktu (tu 4mm), błąd pomiaru kąta pionowego (tu 12") i błąd pomiaru kąta poziomego (tu również 12"), a wielkość błędu przestrzennego położenia wylicza się jako pierwiastek z sumy kwadratów błędów składowych. Urządzenie jakim realizowano referencyjne zamówienie nie spełnia zatem w żaden sposób warunków określonych dla udziału w postępowaniu, Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie jednak odpowiedniego badania i bezpodstawnie przyjął, że wykonana w przeszłości na jego rzecz usługa potwierdza spełnianie warunków udziału

w postępowaniu przez Graph'it Studio Sp. z o.o. Odwołujący twierdzi, że w tym zakresie Zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyjaśnienia określoną w art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku niezyskania potwierdzenia wymaganej dokładności skanera, winien wezwać tego wykonawcę do złożenia nowego wykazu usług i dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie, czego zaniechał. Na dowód niespełniania przez skaner Leica C 10 warunków określonych przez Zamawiającego Odwołujący załączył do odwołania dokumentację producenta i zastrzega możliwość przedłożenia podczas rozprawy dalszych dokumentów w tym zakresie.

Upredzając twierdzenia Zamawiającego i Graph'it Studio Sp. z o.o. w zakresie ewentualnego braku wiedzy na temat zastosowanego w referencyjnej usłudze skanera, Odwołujący wskazuje, że na stronach internetowych, w mediach społecznościowych spółki powiązanej z Graph'it Studio Sp. z o.o. - Graph'it Survey Sp. z o.o. zamieszczone są zdjęcia z realizacji usługi w Poznaniu we wskazanych wyżej datach oraz miejscach zgodnych z wykazem usług złożonym przez Graph'it Studio Sp. z o.o., z których bezsprzecznie wynika jaki skaner został wykorzystany do realizacji usługi. Wykonawca zatem wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, nakierowanego na uzyskanie zamówienia, co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający nie przeprowadził w stosunku do tego wykonawcy żadnej procedury potwierdzającej badanie oferty i potwierdzającej prawdziwość złożonych informacji i oświadczeń. Wydruki zdjęć z realizacji usługi zamieszczone w internecie stanowią załącznik do niniejszego odwołania. Jednocześnie Odwołujący zastrzega sobie możliwość przedstawienia dalszych zdjęć i informacji jako dowód w sprawie podczas rozprawy.

3. Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający nie dochował należytej staranności w badaniu oferty Graph'it Studio Sp. z o.o. i złożonych przez niego oświadczeń również z zakresu sposobu realizacji usługi zamieszczonej w wykazie. Jak wyżej wskazano Graph'it Studio Sp. z o.o. oświadczył w wykazie usług, że usługa została realizowana przez niego osobiście - co w kontekście informacji wynikających z JEDZ oznaczałoby, że zrealizował ją własnymi zasobami, bez wykorzystania osób trzecich, w tym podwykonawców. Tymczasem, wykonanie tej usługi, mimo złożonych referencji wystawionych na Graph'it Studio Sp. z o.o., przypisuje sobie na powołanych wyżej stronach internetowych inny podmiot - Graph'it Survey Sp. z o.o. Podmiot ten powstał w lipcu 2016 r., i jest podmiotem, działającym pod tym samym adresem co Graph'it Studio Sp. z o.o., jednak w rozumieniu prawa spółek handlowych będącym odrębnym podmiotem. Graph'it Survey Sp. z o.o. jak podaje na stronach internetowych „powstał z połączenia wieloletnich, bogatych doświadczeń firmy ArchiTube oraz Graph'it Studio w zakresie usług nowoczesnej geodezji oraz

zaawansowanego modelowania BIM". Graph'it Studio Sp. z o.o. jest współnikiem tego podmiotu, co jednak nie daje mu prawa do uznania, że prace wykonane przez ten podmiot stanowią osobiste działanie Graph'it Studio Sp. z o.o. Odwołujący stwierdza zatem, że w zakresie oświadczenie złożonego w wykazie usług w postępowaniu, a być może również referencyjnym postępowaniu, wykonawca ten wprowadził Zamawiającego świadomie w błąd co do podmiotu realizującego usługę. Na podstawie zgromadzonych informacji odwołujący twierdzi, że jeżeli nawet umowę z Miastem Poznań na realizację referencyjnej usługi zawarła spółka Graph'it Studio Sp. z o.o., to nie ona była rzeczywistym jej realizatorem. Oczywiście uprawniona była - jako strona umowy - do uzyskania referencji potwierdzającej wykonanie usługi, jednak nie daje jej to podstaw do twierdzenia w żaden sposób, że usługę tę wykonała osobiście. Oświadczeniem takim zatem, z pełną świadomością odrębności podmiotów oraz zlecenia jakiego musiała udzielić spółce Graph'it Survey Sp. z o.o., wprowadziła Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nawet posiadając przedstawioną referencję nie wykonywała, a zatem nie nabyła wymaganego doświadczenia w zakresie wymaganych wiedzy i doświadczenia i bazuje na doświadczeniu podmiotu trzeciego, powiązanego z nią kapitałowo. Na dowód rzeczywistej realizacji zamówienia referencyjnego przez podmiot trzeci, a zatem brak wymaganego doświadczenia w zakresie wskazanym w SIWZ i wymaganym od wykonawców, Odwołujący wskazuje na dowody w postaci zdjęć i informacji zamieszczanych przez Graph'it Survey Sp. z o.o. w mediach społecznościowych.

4. Zgodnie z przytoczonymi wyżej warunkami udziału w postępowaniu, wykonawca miał wykazać się między innymi realizacją inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów rediodetektorem i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty.

Prace wykazane przez Graph'it Studio Sp. z o.o., jako referencyjne nie były wykonane metodami bezinwazyjnymi. Podkreślił, że Zamawiający wskazał, że zakres czynności zamówienia referencyjnego ma się pokrywać z czynnościami przewidzianymi dla realizacji przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu. Dla ustalenia oznaczenia terminu „metoda bezinwazyjna” dla Postępowania należy zatem odnieść się do opisu tego terminu dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w SIWZ wskazał jednoznacznie

(opisując pomiar typu LID AR), że „*wykonywany geodezyjnie pomiar typu LIDAR powinien przebiegać bezdotykowo, nieinwazyjnie, nie może niszczyć substancji budynku czy narażać na niebezpieczeństwo mienia i ludzi. Dopuszcza się jedynie znakowanie pasa drogowego materiałami ścieralnymi*”. Skoro w taki sposób opisana została bezinwazyjna praca skanera, analogiczne zasady odnieść należy do określenia bezinwazyjności realizacji usługi referencyjnej w zakresie pomiarów rediodetekтором i georadarem. Oznaczałoby to, że referencyjna usługa nie mogła być wykonywana chociażby z użyciem sond sygnałowych, których wciskanie w rury przy pomocy prętów z włókna szklanego należy uznać za działania inwazyjne, dotykowe, nie spełniające wymagań postawionych w SIWZ. Dla stwierdzenia inwazyjności metody wystarczy sam fakt otwarcia, wejścia, penetracji urządzeniem, inspekcji z wykorzystaniem sondy, bez względu na cel i skutki tego działania. Z załączonych do niniejszego odwołania zdjęć z realizacji zamówienia referencyjnego wynika jednoznacznie, że realizacja usługi dla Zamawiającego nie przebiegała w sposób bezinwazyjny, a osoby ją realizujące ingerowały w wewnętrzną strukturę sieci podziemnego uzbrojenia terenu. Zaznaczamy również, że ingerencja czy inwazja w strukturę nie musi oznaczać jej naruszenia poprzez odwierty czy wykopy, czy też inne bezpośrednie naruszenia powierzchni. Zauważył również, że Graphit Studio Sp. z o.o. w piśmie do Zamawiającego z 28.02.2017 r. postępowania sam szeroko opisuje swoje metody wykrywania urządzeń podziemnych nazywając je „znaczącą ingerencją fizyczną”, „inspekcją”. Ingerencja fizyczna wyklucza natomiast bezinwazyjność realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując powyższe zarzuty, Odwołujący stwierdził i wykazuje poprzez przedstawione dowody, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wątpliwy jest termin realizacji referencyjnej usługi, w szczególności zaś jej data zakończenia ale również sam fakt należytego jej wykonania, czego nie potwierdza wprost dokument przedstawiony jako potwierdzenie należytego wykonania umowy - poza tytułem, jego treść nie zawiera żadnych jednoznacznych odniesień potwierdzających zgodność z zakresem czy w szczególności terminowość realizacji. Z żadnego dokumentu czy oświadczenia Graphit Studio Sp z o.o. nie wynika, że referencyjna usługa była realizowana przy wykorzystaniu wymaganego urządzenia, wręcz odwrotnie - Odwołujący przedstawia zdjęcia z realizacji tej usługi wskazujące wprost na zastosowanie mniej precyzyjnego urządzenia niż wymagane. Mimo tych widocznych nawet na pierwszy rzut oka niejasności, Zamawiający nie przeprowadził odpowiednich procedur badania oferty i wyjaśniania dokumentów, do których - przypominamy - obligują go przepisy art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Tym czasem procedury takie zastosował w przypadku zdecydowanie mniejszych wątpliwości względem innych

wykonawców, dodatkowo błędnie podejmując decyzją o ich wykluczeniu. Odwołujący stwierdzi również, że w wyniku przeprowadzonego badania, Zamawiający mógł sam pozyskać informacje o realizacji referencyjnej usługi w sposób inwazyjny i nie osobiście przez Graph'it Studio Sp. z o.o., a pozyskanie takich informacji powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania bez prowadzenia dalszego wyjaśnienia.

Zamawiający w dniu 04.04.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.04.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Graph it Studio Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W tym wypadku wykazano w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowanie do reprezentacji dla osoby podpisującej zgłoszone przystąpienie.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia z 05.04.2017 r. Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej sprawy o sygn. akt: KIO 567/17, KIO 660/17 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący oba odwołania posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do ich złożenia. W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17 – Odwołujący /Konsorcjum Geomar/, który został wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą /na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp/ i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów /przywrócenia do postępowania/, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia /jego oferta najkorzystniejsza – cena 100% wagi/ - na czynność wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r. W zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 660/17 – Odwołujący /Konsorcjum Geomar/, zakresie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17 –

Odwołujący /Konsorcjum Geomar/, który został wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą /na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp/ i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów /przywrócenia do postępowania/, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia /jego oferta najkorzystniejsza – cena 100% wagi/ - na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., wobec zaskarżenia wcześniejszej czynności Zamawiającego Odwołujący nie stracił statusu Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. W wyniku połączenia obu odwołań, na dwie czynności które zostały dokonane odrębnie /na co pozwalają przepisy Pzp w aktualnym brzmieniu, skutek nowelizacji z 22.06.2016 r./ i ich zaskarżenia, zaistniała możliwość rozpatrzenia obu odwołań przy zachowaniu interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, sformułowany przez Przystępującego do KIO 660/17, a poparty przez Zamawiającego także względem KIO 567/17. Podnoszono, że osoba która podpisała oba odwołania występował de facto tylko w imieniu spółki GEOMAR S.A. a nie w imieniu całego konsorcjum. Zwracano uwagę, iż pełnomocnictwo z 22.03.2017 r. definiuje jako wykonawcę jedynie GEOMAR S.A. Izba wskazuje, że pełnomocnictwo konsorcjalne z 03.02.2017 r. ustanawiające liderem konsorcjum Geomar, spółkę GEOMAR S.A. zawierało zastrzeżenie, z którego wynikało, że Geometric Sp. z o.o. określiło, że: „W przypadku jakichkolwiek wątpliwości niniejsze pełnomocnictwo należy interpretować rozszerzająco, mając na uwadze umożliwienie wykonania przez Lidera (Pełnomocnika) powierzonych mu zadań w jak najpełniejszy sposób.”. W konsekwencji należy uznać, że pełnomocnictwo z 22.03.2017 r. odnosi się do całego konsorcjum.

Izba nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego - Graph it Studio Sp. z o.o. – do odwołania o sygn. akt: KIO 567/17. Nie załączono do zgłoszonego przystąpienia dokumentu rejestrowego dla osoby podpisującej. W konsekwencji, z uwagi na brak wykazania w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla osoby podpisującej zgłoszone przystąpienie było nieskuteczne. Należy zauważyć w kontekście umocowania, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO

27.04.2015 r., sygn. akt: 721/15, sygn. akt: KIO 741/15. Izba podkreśla także, że przeprowadziła podczas posiedzenia wnioskowany przez Graph it Studio Sp. z o.o. dowód. Brak było podstaw do uznania, że przystąpienie było składane wraz z drugim pismem procesowym do którego był załączony dokument rejestrowy. Oba pisma mają odrębne numery kancelaryjne, czyli stanowią odrębne pisma w sprawie. Brak jest jakiegokolwiek przesądzającego dowodu np. pisma przewodniego potwierdzającego, że oba pisma zostały złożone razem, jako załączniki lub że dokument rejestrowy należy zaliczyć na poczet obu pism, tzn. np. informacji, że dokument rejestrowy stanowi załącznik do zgłoszonego przystąpienia.

Dodatkowo, Izba na marginesie przypomina, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter akcesoryjny względem odwołania. Nie jest więc dopuszczalne formułowanie nowych zarzutów przez Przystępującego wobec Odwołującego, czy też Zamawiającego jeśli przystąpienie było po stronie Odwołującego. Podobnie postanowienie KIO z 30.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 935/09 oraz wyrok KIO 05.12.2016 r., sygn. akt: KIO 687/16.

Nadto, Izba zauważa także jedynie na marginesie, że kwestia tego czy dane informacje mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające wobec jednoznacznej treści przepisu warunkującego objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa od wykazania. Izba podkreśla bowiem (za wyrokiem KIO z 07.04.2015 r., sygn. akt: KIO 568/15, sygn. akt: KIO 570/15), że: *"(...) samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym "wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.*

Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla "wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania

gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy.

Aby spełnić przesłankę "wykazania", o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca winien zatem wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełniają łącznie wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, a które zostały przytoczone powyżej. (...)"

Izba oddalił w toku rozprawy wnioski o wyłączenie jawności w zakresie postępowania dowodowego, zobowiązała Odwołującego do formułowania oświadczeń w sposób nie ujawniający konkretnej treści poprzez wskazanie punktu, tiretu lub fragmentu dokumentu.

Jednocześnie, Izba przywołuje w uzasadnieniu orzeczenia, kwestie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim wynikały z odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego w zakresie KIO 567/17. Izba nie odnosiła się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie było takiego zarzutu, zaś wskazanie przedstawione powyżej ma jedynie walor edukacyjny wobec ciągłych problemów z weryfikacją tej kwestii.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak i oryginalnej dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na okres wydania i sporządzenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, jak i zał. Nr 6 do SIWZ; odpowiedzi na pytania – pismo z 30.01.2017 r., protokołu postępowania – DRUK ZP-PN; oferty Odwołującego do obu odwołań, wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 10.02.2017 r. skierowanego do Odwołującego, stosownej odpowiedzi Odwołującego z 15.02.2017 r. /wpływ 20.02.2017 r./ wraz z załącznikami, tj. dokumentami, w tym wykazem usług, powołania biegłych 21.02.2017, opinii biegłych z 23.02.2017 r., protokołu Komisji Przetargowej z 28.02.2017 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 28.02.2017 r. skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi Odwołującego z 03.03.2017 r. (wpływ 06.03.2017 r.) wraz z załącznikami (uzupełniony wykaz usług – wg. Załącznika nr 6 do SIWZ wraz z oświadczeniem, notatki biegłych z 09.03.2017 r., protokołu Komisji Przetargowej z 13.03.2017 r., zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznaniu oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r., wniosków o wgląd

i odpowiedzi Zamawiającego (wniosek z 08 i 09.02.2017 r. – przesłanie skanów 15.02.2017 r., wniosek z 14.03.2017 r. – przesłanie skanów 16.03.2017 r., wniosek z 28.03.2017 r. – wgląd 31.03.2017 r.), pisma Zamawiającego z 03.04.2017 r., oferty Przystępującego do KIO 660/17 i złożonego przez niego JEDZ-a, wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 13.03.2017 r. skierowanego do Przystępującego do KIO 660/17, złożonych w odpowiedzi dokumentów – 14.03.2017 r., notatki biegłych z 16.03.2017 r., protokołu Komisji Przetargowej z 16.03.2017 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Przystępującego do KIO 660/17 z 16.03.2017 r., uzupełnienia dokumentów (wpływ 20.03.2017 r.), protokołu Komisji Przetargowej z 20.03.2017 r. i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., załączonych do odwołania o sygn. akt: KIO 660/17 dowodów, tj. dowodu nr 1 /karta katalogowa urządzenia Leica ScanStation C10/, dowodu nr 2 /zdjęcia nr 1, 2, 3 i 4 - zdjęć z realizacji usługi zamieszczone w internecie w mediach społecznościowych/, dowodu nr 3 /zdjęcie nr 5, 6 i 7 – tak jak wyżej, na okoliczność, że realizacja usługi dla Zamawiającego nie przebiegała w sposób bezinwazyjny, a osoby ją realizujące ingerowały w wewnętrzną strukturę sieci podziemnego uzbrojenia terenu/.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 660/17, Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- Charakterystyka dokładnościowa skanera C5 i C10.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 660/17 Izba zaliczyła złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- dowód na należyte wykonanie przedmiotu referencji z deklarowaną dokładnością;
- wyciąg z miesięcznika branżowego zawierający szczegółowe parametry skanera laserowego Leica ScanStation P40.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego do KIO 660/17 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 566/17, jak i w sprawie KIO 660/17.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17 – Konsorcjum Geomar – sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału określonych dla

postępowania w SIWZ i w konsekwencji art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą;

2) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega wykluczeniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

3) art. 26 ust. 3 Pzp względnie art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania względem Odwołującego w zakresie ustalenia ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty;

4) art. 92 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 567/17, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznaniu jego ofert za odrzuconą, odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie, gdzie m.in. przywołano treść pkt V.1.2 lit. a) SIWZ, tudzież opinii biegłych, protokołu Komisji Przetargowych oraz poszczególnych wezwań kierowanych do Odwołującego, jak i pisma Zamawiającego z 03.04.2017 r. Przy czym, Izba do kwestii spornych i pism odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów, przy uwzględnieniu utrzymanego przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazanego przez Odwołującego doświadczenia.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem pierwszego i trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że kwestia braku precyzyjności wezwania z 28.02.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było elementem zarzutu zawartego w odwołaniu

(str. 5 wers 6 od góry „wezwanie musi być precyzyjne”) i nie stanowią nowego zarzutu sformułowanego na rozparwie.

Po drugie, w ocenie Izby, de facto sam Zamawiający dostrzegł wadliwość swoich działań, co wynika z jego pisma z 03.04.2017 r. znajdującego się w oryginalnej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego na okres wydania i sporządzenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem, jedynie wyciągał z nich odmienne wnioski. Bezspornie bowiem samo wezwanie w swej treści z 28.02.2017 r. różniło się w sposób istotny od tego na co wskazywali powołani 21.02.2017 r. przez Zamawiającego biegli (opinia biegłych z 23.02.2017 r. – ustalenia Ad I i II pkt 3 oraz wnioski pkt 1). Ich ustalenia oraz wnioski były o wiele bardziej jednoznaczne i precyzyjne niż to co rekomendowała Komisja Przetargowa w protokole z 28.02.2017 r. i znalazło się ostatecznie w samym wezwaniu z 28.02.2017 r. Izba w tym zakresie zweryfikowała zestawione informacje zawarte w piśmie z 03.04.2017 r. – str. 1-2 z przywołanymi dokumentami i uznała, że wezwanie było nieprecyzyjne w jednym aspekcie, a w drugim zbyt sugerujące. Przywołane pismo Zamawiającego wprost wskazywało na zaistniałą różnicę, tj. „rozbieżności” (str. 1 - ostatni akapit) między stanowiskiem powołanych biegłych a Komisji Przetargowej. Kwestia profesjonalizmu Odwołującego nie ma znaczenia, jeśli Zamawiający wzywa w sposób, który, jak wynika z pisma Zamawiającego był odmienny i mało precyzyjny od tego na co wskazywali biegli. Izba przypomina, że właśnie biegli zostali powołani (akt powołania z 21.02.2017 r.) do oceny spełnienia warunków, ich wytyczne były więc w związku z tym, w ocenie Izby, wiążące dla Komisji Przetargowej.

Izba przywołuje stanowisko wynikające z orzecznictwa: „(...) czynność wezwania do uzupełnienia złożonej oferty z dnia 11.02.2011 r. była obarczona wadą prawną, gdyż nie wskazywała w sposób precyzyjny i jednoznaczny przedmiotu wezwania. Wobec powyższego, Izba uznaje niniejszą czynność za nieskuteczną i nie rodzącą skutków prawnych. Należy na marginesie zauważyć za orzecznictwem KIO, iż precyzja w stosownym wezwaniu jest istotna także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie (podobnie wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 03.03.2010 r., sygn. akt: KIO 31/10, czy też wyrok KIO z dnia 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1810/10).” /za wyrokiem KIO z 17.03.2011 r., sygn. akt: 434/11/. Podobnie w wyroku KIO z 19.05.2014 r., sygn. akt: KIO 846/14: „Izba wskazuje, że jeżeli zamawiający w wyniku badania tych dokumentów uzna, że są niekompletne lub nie potwierdzają spełnienia warunku, obowiązany będzie wpierv wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwania kierowane do wykonawcy w tym trybie powinny obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego.”. Nadto, w wyroku KIO z 08.03.2017 r., sygn.. akt: KIO 366/17 stwierdza się: „Izba nie zaprzecza poglądom, że procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - ma co do zasady charakter jednokrotny, w odniesieniu to tych samych stwierdzonych braków, czy nieprawidłowości. Jednakże w orzecznictwie Izby wskazywano również na konieczność dokładnego poinformowania wykonawcy, jakie braki zamawiający stwierdził w danej ofercie, i jakiego ich usunięcia oczekuje. Z reguły wskazanie jedynie podstawy prawnej wezwania nie jest wystarczające, gdyż wykonawca nie powinien się domyślać konkretnych przyczyn wezwania. Ważne jest więc, wbrew stanowisku odwołującego, wskazanie w sposób prawidłowy - kierunku uzupełnienia dokumentu.

Potwierdza to nawet przywołany przez odwołującego wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 - zakresie oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, ETS stwierdzający, że w ocenie ETS wskazane żądanie zamawiającego powinno w szczególności: (...)

„2.odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania”.

Przy czym, stwierdzenie to można odnosić zarówno do niejednoznaczności samych wymagań SIWZ, jak i treści wezwań kierowanych do wykonawcy celem np. uzupełnienia dokumentów.”.

Względem kwestii naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, Izba wskazuje, że mimo zastosowania się przez Komisję Przetargową do wniosków biegłych, zabrakło w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp kontekstu wskazanego w opinii biegłych z 23.02.2017 r., niewątpliwie już sam kontekst pkt 6 ustalenia – Ad. I i II wraz z jednoznacznym żądaniem złożenia, z uwagi na materię wątpliwości, dowodów na potwierdzenie byłby czynnikiem, który wpływałby na charakter uzyskanej odpowiedzi. Jeśli problemem jest charakter informacji, to należy zobowiązać wzywanego do zastosowania stosownej formy właściwej dla tego rodzaju informacji.

W obu wypadkach Zamawiający widział swoje błędy (w tym drugim wypadku – str. 3 pisma z 03.04.2017 r. – przedostatni akapit), lecz nie miał „sobie nic do zarzucenia”, choć uzyskane odpowiedzi stanowią efekt, takich a nie innych wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4

Pzp. Kwestia „wykorzystania zaistniałej sytuacji przez Odwołującego”, to efekt błędów Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu - naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził, gdyż wskazany przepis dotyczy postępowań wieloetapowych, a nie jednoetapowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem czwartego zarzutu, Izba w/w zarzut za zasadny.

Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *„W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”*.

Znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego zostało także wskazane w wyroku KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13, gdzie stwierdza się, że: *„(...)obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww. domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy. W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie*

art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy.”

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba przeanalizowała nie tylko samo uzasadnienie informacji z 13.03.2017 r., ale także kontekst, tj. korespondencje między Zamawiającym i Odwołującym, jak i dokonane przez Odwołującego wglądy tak w dokumentację, jak i skany przekazywane od Zamawiającego na wniosek (wniosek z 08 i 09.02.2017 r. – przesłanie skanów 15.02.2017 r., wniosek z 14.03.2017 r. – przesłanie skanów 16.03.2017 r., wniosek z 28.03.2017 r. – wgląd 31.03.2017 r.). Przy czym, nie bez znaczenia jest pismo Zamawiającego z 03.04.2017 r. przywołane powyżej przy rozpatrywaniu wcześniejszych zarzutów. Ponownie Zamawiający dostrzegł w nim swojej uchybienia, lecz uznaje je za bez znaczenia. Izba wskazuje na przywołane na wstępie orzeczenia, stwierdzając, że takie podejście Zamawiającego jest co najmniej niezrozumiałe. Zestawienie notatki biegłych z 09.03.2017 r. – ustalenia pkt I, nijak się ma do uzasadnienia faktycznego informacji z 13.03.2017 r. Nie wskazano nawet kontekstu i znaczenia pytania zadanego w piśmie z 28.02.2017 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i jego znaczenia dla istoty sporu.

Izba nie odniesie się do nowych zarzutów, które pojawiły się na rozprawie, a podnoszonych przez Zamawiającego, jak i Przystępującego do KIO 660/17, po pierwsze nie było to podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zgodnie, zaś z wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, który odnosi się do takiej sytuacji, jak i kwestii dowodowych, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia

argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)". Po drugie, Przystępujący nie przystąpił skutecznie do odwołania o sygn. akt: KIO 567/17, nadto zgłoszenie przystąpienia ma charakter akcesoryjny wobec odwołania i nie może rozszerzać podstawy odwołania wynikającej z okoliczności, które skutkowały wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

Izba także wskazuje, że nie ma żadnych przeszkód, aby wraz z nakazanym wezwaniem dodatkowo wezwać do wyjaśnień, w zakresie innych kwestii budzących wątpliwości Zamawiającego, czemu dawał wyraz Zamawiający na rozprawie. Izba nie mogła ich rozpatrywać z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp, jak i dlatego, że nie były podstawą wykluczenia. Np. co do wykazania się przez Odwołującego usługą, jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie która obejmowała opracowanie wektorowego modelu BIM, czy też odnośnie faktycznego wykonania pomiaru pierzei frontowych elewacji budynku. Jednakże każdorazowo Wykonawca winien znać kontekst pytania, zwłaszcza jeśli jest ono zadane niejako w wyniku określonych wątpliwości innego Wykonawcy. Konsekwencją tego

jest, czego Izba wielokrotnie doświadczyła dołączenie takiego pisma do wezwania w trybie art. 26 ust.4 Pzp z wnioskiem o ustosunkowanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 567/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 660/17:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 660/17 - Konsorcjum Geomar - sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, w szczególności w analogicznych sytuacjach w toku procedury badania ofert wykluczenia jednego wykonawcy z udziału w postępowaniu, podczas gdy względem innego wykonawcy mimo ewidentnych sprzeczności w dokumentacji zaniechano nawet procedur wyjaśniania dokumentu z art. 26 ust. 4 Pzp, czy też uzupełnienia dokumentu z art. 26 ust. 3 Pzp,
- 2) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści wykazu usług złożonego przez Graph'it Studio Sp. z o.o. w kontekście treści warunków udziału w postępowaniu oraz treści poświadczenia należytego wykonania umowy z 26.10.2016 r. w zakresie opisanym w odwołaniu,
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Graph'it Studio Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego realizację usługi w zakresie wynikającym z warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SIWZ wraz z dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie, a w przypadku jego nieuzupełnienia - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu jako wykonawcy który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) względnie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Graph'it Studio Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu jako wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo iż badanie oferty i znajomość wyników realizacji zamówienia referencyjnego przez Zamawiającego wskazuje, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Graph'it Studio Sp. z o.o., jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 660/17, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu - w tym treść pkt V.1.2 lit. a) SIWZ oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu, z uwzględnieniem oferty Przystępującego i złożonego JEDZ-a, wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 13.03.2017 r. skierowanego do Przystępującego, złożonych w odpowiedzi dokumentów – 14.03.2017 r., notatki biegłych z 16.03.2017 r., protokołu Komisji Przetargowej z 16.03.2017 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Przystępującego z 16.03.2017 r., uzupełnienia dokumentów (wpływ 20.03.2017 r.), protokołu Komisji Przetargowej z 20.03.2017 r. i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r. Przy czym, Izba do kwestii spornych odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem pierwszego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Należy podzielić stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy, że w kontekście art. 26 ust. 6 Pzp „Wykonawca, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw do wykluczenia, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352)” i postanowień pkt V.5 SIWZ: „wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt VI.4, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy (...)” (W punkcie VI.4 siwz wymieniony został m.in. wykaz usług i dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie.), jak i § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), nie był Zamawiający zobowiązany do stosowania trybów wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zaś, zastosowanie trybu z art. 26 ust.1 Pzp (pismo z 13.03.2017 r.) niczego nie zmienia, gdyż równie dobrze Wykonawca mógł wykazać się realizacją innej usługi niż realizowana na rzecz Zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie

przetargowe. Ostatecznie okoliczność wykazania się usługą znaną Zamawiającemu nie może pozostawać bez wpływu na zaistniały stan faktyczny z uwagi na powszechnie obowiązujące przepisy i postanowienia SIWZ. Jednocześnie, należy zauważyć, że Zamawiający zastosował art. 26 ust. 3 Pzp, lecz odnośnie innego dokumentu podmiotowego w zakresie, którego nie miał niezbędnej wiedzy (wezwanie z 16.03.2017 r., po rekomendacji Komisji Przetargowej – protokół z 16.03.2017 r.), jak względem wykazanej usługi, tj. wykazu usług, który odwoływał się szczegółowo do załączonego poświadczenia. Okoliczność, że Zamawiający posiłkował się wiedzą własną względem Przystępującego, choć nie wynika to wprost z dokumentacji postępowania, np. notatka biegłych z 16.03.2017 r. odnosi się jedynie do wykazu i poświadczenia, to bezsprzeczność realizacji wykazywanej usługi na rzecz Zamawiającego i przez niego odbieranej, stanowi okoliczność notoryjną i nie może być ignorowana.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego, trzeciego i czwartego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne. Odnosząc się do poszczególnych okoliczności przywołanych jako uzasadnienie sformułowanych zarzutów w odwołaniu, Izba wskazuje co następuje:

Po pierwsze, złożone dokumenty wykazu usług i poświadczenie, potwierdzają literalnie wymóg z pkt V.1.2 lit. a) SIWZ, m.in. poprzez odesłanie zawarte w wykazie odnośnie dokładnego zakresu usług do poświadczenia.

Po drugie, okoliczność, że daty zakończenia są niespójne (między wykazem, a poświadczeniem) jest bez znaczenia, gdyż poświadczenie z 26.10.2016 r. jednoznacznie stwierdza „*należycie i profesjonalnie wykonał*”, czyli używa czasu przeszłego dokonanego. Potwierdza to argumentacje Zamawiającego o wcześniejszej niż wynika z umowy i wskazania w wykazie, dacie wykonania zamówienia.

Po trzecie, odnośnie kwestii użytego narzędzi, to mimo, iż określony typ urządzenia nie został wprost wskazany w potwierdzeniu, to okoliczność realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, ma charakter notoryjny i nie podlega podważeniu. Odwołujący przedstawił dowody, że wykazywana usługa była realizowana przez urządzenie typu C10 o parametrach nie pozwalających na osiągnięcie referencyjnej dokładności (dowód karta katalogowa Leica ScanStation C 10 – karta z 2009 r.). Przy czym, na tej karcie znajduje się zastrzeżenie „*Ilustracje, opisy i dane techniczne nie są wiążące*”. Kształt skanera z katalogu jest nie tylko podobny do skanera z załączonych do odwołania zdjęć (zdjęcie nr 1 i 3), lecz także do zdjęcia skanera przedstawionego przez Przystępującego w ramach dowody złożonego na rozprawie (Leica ScanStation P40 - wyciąg z miesięcznika branżowego

zawierający szczegółowe parametry skanera laserowego Leica ScanStation P40). Wynika więc z tego, że dane w karcie katalogowej złożonej przez Odwołującego nie są wiążące i nie mogą być wiarygodną podstawą wykresu /Charakterystyka dokładnościowa skanera C5 i C10/, takiego jaki złożył na rozprawie Odwołujący, jako „opracowanie własne”. Nadto, kształt skanera typu C10 i P40 jest identyczny, brak jest jakichkolwiek danych pozwalających uwiarygodnić stanowisko Odwołującego z rozprawy, że kolor „zielony”, świadczy o tym, iż jest to C10, gdyż P40 nie jest w tej kolorystyce produkowany. Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym, jak stronie która wywodziła określone skutki prawne.

Po czwarte, Odwołujący pośrednio podważał dokładność realizacji wykazywanej usługi przez Przystępującego, zwłaszcza w zakresie oczekiwanym w warunku wymaganego doświadczenia. Zamawiający oświadczył, że w tym zakresie nie weryfikował tej kwestii, gdyż wykazywana usługa była swoistą podstawą przy kształtowaniu sformułowanego wymogu w toku przygotowywania SIWZ. Izba wskazuje, że brak jest potwierdzenia takiego stanu rzeczy w będącej w dyspozycji Izby dokumentacji postępowania, przy czym realizacja wykazywanego zamówienia na rzecz Zamawiającego, jest okolicznością notoryjną i z uwagi na w/w przepisy nie może być przez Izbę ignorowana. Nadto, ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, a jak podnoszono wcześniej dowody złożone nie potwierdzają jego wątpliwości. Opracowanie własne nie ma mocy dowodowej, nadto jest niewiarygodne z uwagi na zastrzeżenia zawarte w samym katalogu. Dodatkowo, Przystępujący złożył dowód, który przeczy tezom Odwołującego, co do braku dokładności zastosowanej metody i urządzenia (tzw. dowód na należyte wykonanie przedmiotu referencji z deklarowaną dokładnością). Odwołujący nie złożył kontr dowodu i ograniczył się jedynie do polemiki odnośnie braku możliwości weryfikacji, gdyż jak stwierdził próbując podważyć dowód Przystępującego złożony na rozprawie - należałoby dokonać ponownych pomiarów w terenie. Świadczy to o nie sprostaniu ciężarowi dowodowemu spoczywającemu na Odwołującym, na którym spoczywał, jako stronie wywodzącej określone skutki prawne. Odwołujący winien liczyć się z tym, że strona przeciwna nie ograniczy się jedynie do pasywnej obrony i nie złoży żadnego dowodu na swoją korzyść.

Po piąte, odnośnie kwestii bezinwazyjności, Izba po analizie brzmienia wymogu, ale także odpowiedzi na pytanie 1 i 8 – pismo z 30.01.2017 r. odsyłających w kontekście wymogu do opisu przedmiotu zamówienia /„*Warunek doświadczenia jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, polegającego na łącznym wykonaniu wymielonych usług*”, „*Warunek jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, polegającego na łącznym wykonaniu wymienionych usług (...)*”, uznała za trafną argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na

odwołanie i zasadność wskazania pkt III.3 ppkt 7 SIWZ: „W miejscach o szczególnym zagęszczeniu infrastruktury podziemnej w celu weryfikacji wyników uzyskanych metodą nieinwazyjną lub kiedy metoda nieinwazyjna nie będzie możliwa wykonawca wykona przekopy próbne w maksymalnej ilości 10 przekopów”. Nadto, w odwołaniu przywołano fragment pkt III.4 ppkt 4 SIWZ: „(...)nie może niszczyć substancji budynku czy narażać na niebezpieczeństwo mienia i ludzi. Dopuszcza się jedynie znakowanie pasa drogowego materiałami ścieralnymi(...)”. W konsekwencji bezinwazyjność nie miała mieć charakteru absolutnego, a tezy odwołania Izba traktuje w kategoriach polemicznych. Zdjęcia przedstawione wraz z odwołaniem nie dają podstaw do tak daleko idących twierdzeń (zdjęcie nr 5 i 7), co do inwazyjności. Kwestia też samego umiejscowienia pracowników ma charakter niejednoznaczny, choć pewne ich elementy mogą o tym świadczyć, lecz inne zaprzeczają (zdjęcie nr 5, 6, 7 i 8). Brak jest bowiem pewności, czy przedstawiają one prace realizowane nocą, pora taka była okolicznością bezsporną.

Po szóste, odnośnie realizacji referencyjnej usługi niesamodzielnie i wprowadzenia w błąd Zamawiającego, takie oświadczenie bowiem złożono w wykazie usług – pod tabelą. W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że naruszenie art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp mimo że nie ma tego wprost w przepisie musi mieć wpływ na wynik. Nawet, jeśli przyjąć, że Przystępujący zrealizował to zadanie niesamodzielnie, co w ocenie Izby, nie zostało bezspornie wykazane, to nie znaczy, że Przystępujący nie mógł się wykazać taką usługą. Tym bardziej, jeśli był stroną umowy. Nie mogło to skutkować automatycznym wykluczeniem. Nadto, jak Izba podnosiła powyżej, zdjęcia załączone do odwołania mają niejednoznaczny charakter pewne elementy potwierdzają tezy Odwołującego, inne związane z porą realizacji temu przeczą (zdjęcia nr od 1 do 8). Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym, jak stronie która wywodziła określone skutki prawne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem piątego zarzutu - naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził, gdyż wskazany przepis dotyczy postępowań wieloetapowych, a nie jednoetapowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 660/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 567/17, sygn. akt: KIO 660/17 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U z 2016 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 47,00 zł zgodnie z przedłożonymi rachunkami (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia)

Przewodniczący:

.....