

**Sygn. akt: KIO 1506/21**

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę „UNISOFT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku oraz AIUT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 725 zł 10 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia pięć złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę i wdrożenie Elektronicznego Biura Obsługi Klienta (EBOK) w Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olsztynie wraz z oprogramowaniem do świadczenia e-usług". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 249-622327. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), dalej jako „PWPZP”, jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 19 maja 2021 r. wykonawca „UNISOFT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 91 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22d ust. 1-3 oraz art. 24 ust 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp - poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku oraz AIUT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Wykonawca”) w sytuacji, gdy podmiot ten nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) dla przedmiotowego zadania oraz wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informację wskazujące na spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył referencji i wykazu usług, z których wynika, iż wykonał on dostawy na rzecz podmiotów świadczących usługi z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie udowodnił, iż jest umocowany do złożenia oferty

w przedmiotowym postępowaniu - tj. Wykonawca na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp nie przedłożył podpisanego przez mocodawcę dokumentu pełnomocnictwa, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę;
- wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) albo odrzucenia oferty Wykonawcy (na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp) - z uwagi na brak możliwości konwalidowania braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub umocowania do reprezentowania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp (zastosowanie w sprawie po raz kolejny ww. przepisów prowadziłoby bowiem do naruszenia zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów i byłoby równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców);
- przeprowadzenia badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, w tym wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie udowodnił, iż jest umocowany do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu - tj. Wykonawca na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp nie przedłożył podpisanego przez mocodawcę dokumentu pełnomocnictwa, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

II. Pismem wniesionym w dniu 6 lipca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku oraz AIUT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „przystępujący”). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 7 lipca 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 PWPZP mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Istota sporu pomiędzy stronami dotyczyła wykładni opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale V SIWZ ust. 3 pkt 2) lit. a) tiret pierwsze SIWZ. Zgodnie z opisem tego warunku wykonawcy obowiązani byli wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należycie zamówienie polegające na: minimum 1 (jednej) dostawie z wdrożeniem Zintegrowanego Systemu Informatycznego (użytkowanym przez minimum 150 operatorów) w ramach jednego zamówienia, w podmiocie świadczącym usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia i zbiorowego odprowadzania ścieków, o zakresie obejmującym: rozliczenie opłat za wodę i ścieki wraz z wodomierzownią, finansowo-księgowość, co najmniej 3 z nw. modułów: elektroniczne biuro obsługi klienta, transport, kadry-płace, obsługa zleceń eksploatacyjnych, gospodarka magazynowa.

Odwołujący stał na stanowisku, że z treści ww. opisu warunku udziału w postępowaniu wynika, że dostawa, której realizacją winien się wykazać wykonawca biorący udział w postępowaniu, winna być wykonana na rzecz podmiotu będącego przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. Odwołujący podniósł, że skoro w opisie warunku udziału w postępowaniu zamawiający posłużył się pojęciem „podmiotu świadczącego usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia i zbiorowego odprowadzania ścieków” to należy przez to rozumieć przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, zgodnie z przepisami art. 2 pkt 4, 20 i 21 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2038, ze zm.), zawierającymi definicje legalne pojęć: przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, zbiorowe odprowadzanie ścieków, zbiorowe zaopatrzenie w wodę. Odwołujący wskazał, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż Gdańskie Nieruchomości – Samorządowy Zakład Budżetowy, tj. podmiot na rzecz którego została zrealizowana dostawa (wraz z wdrożeniem) przedstawiona przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie posiada statusu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego.

Izba uznała, że odwołanie – w zakresie zarzutów podtrzymanych na rozprawie, podlega oddaleniu.

Uwzględnienie zarzutów odwołania mogło mieć miejsce w sytuacji stwierdzenia, że z treści opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w SIWZ w sposób jednoznaczny wynikało, że zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu określonej dostawy (wraz z wdrożeniem) na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjnego. W ocenie Izby taki stan rzeczy nie miał miejsca w niniejszej sprawie. Zgodnie z ustalonymi na gruncie orzecznictwa zasadami wykładni opisu warunku udziału w postępowaniu pierwszeństwo ma wykładnia językowa. Niedopuszczalne jest stosowanie na etapie badania i oceny ofert wykładni rozszerzającej, prowadzącej do stawiania wobec wykonawcy wymagań, które wprost oraz jednoznacznie nie zostały przez zamawiającego zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie zamawiający, formułując ww. opis warunku udziału w postępowaniu posłużył się pojęciem „podmiotu świadczącego usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia i zbiorowego odprowadzania ścieków”. Po pierwsze, jak podnosili w toku postępowania zamawiający i przystępujący, w treści ww. opisu warunku nie zostało zawarte odesłanie do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym zagospodarowaniu ścieków. Po drugie, aby dopuszczalne było rozważanie, czy pomimo braku takiego odesłania w treści opisu warunku został sformułowany wymóg odnoszący się do pojęcia mającego definicję legalną zawartą w konkretnym akcie prawnym, konieczne jest posłużenie się przez zamawiającego identycznym pojęciem jak zawarte w tym akcie prawnym. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w niniejszej sprawie. W ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym zagospodarowaniu ścieków przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne definiowane jest jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, tymczasem w opisie warunku udziału w postępowaniu mowa jest o podmiocie świadczącym usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia i zbiorowego odprowadzania ścieków. Nie są to pojęcia identycznie brzmiące. Mając na uwadze powyższe Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w ramach postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu sformułowany został wymóg zrealizowania określonej dostawy (wraz z wdrożeniem) na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, a zatem spełnienia tego wymogu nie można było wymagać od przystępującego.

Rozpoznając niniejszą sprawę Izba rozważyła również istotną kwestię, podniesioną przez odwołującego, tj. czy uznanie za prawidłową wykładni opisu warunku, zgodnie z którą brak było wymogu zrealizowania dostawy (wraz z wdrożeniem) na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, nie narusza praw potencjalnych wykonawców, którzy nie zdecydowali się na wzięcie udziału w postępowaniu. Na powyższe pytanie Izba udzieliła odpowiedzi negatywnej, biorąc pod uwagę, po pierwsze, brak w opisie warunku wyraźnego

wymogu co do przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, a po drugie, przysługujące każdemu potencjalnemu wykonawcy prawo zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień co do treści SIWZ.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że treść odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 2 (odpowiedzi zamawiającego z dnia 28 stycznia 2021 r.) jednoznacznie potwierdza prezentowaną przez niego interpretację opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale V SIWZ ust. 3 pkt 2) lit. a) tiret pierwsze SIWZ. W ocenie Izby wywodzenie takiej interpretacji z faktu odmowy zamawiającego wskazania w opisie warunku podmiotu publicznego w miejsce podmiotu świadczącego usługi w zakresie zbiorowego zaopatrzenia i zbiorowego odprowadzania ścieków jest zbyt daleko idące. Powyższa odpowiedź zamawiającego nie potwierdza, że w opisie warunku został zawarty wymóg wykonania dostawy (wraz z wdrożeniem) na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, a jedynie że zamawiający nie uznaje za celowe wprowadzenie ww. modyfikacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie przepisów art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp z 2019 r.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie udowodnił, iż jest umocowany do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu - tj. Wykonawca na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp nie przedłożył podpisanego przez mocodawcę dokumentu pełnomocnictwa, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego - postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. stosowanego odpowiednio w przypadku częściowego wycofania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....