

Sygn. akt: KIO 2203/14

WYROK

z dnia 4 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2014 r. przez wykonawcę - **"TK Telekom" Sp. z o. o., ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy - **GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wnoszącego odwołanie wykonawcy - **TK Telekom sp. z o. o.** z siedzibą w Warszawie i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - **GTS Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę - **"TK Telekom" Sp. z o. o., ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** na rzecz wykonawcy - **"TK Telekom" Sp. z o. o., ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi dostępu do sieci Internet”. Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia z tego postępowania wnoszącego odwołanie wykonawcy - TK Telekom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący]. Wykonawca podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp z uwagi na błędną interpretację tego przepisu, oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę GTS Poland sp. z o.o. z Warszawy w sytuacji gdy, oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący podał, że naruszenie wskazanych przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców włącznie z wyborem przez Zamawiającego mniej korzystnej oferty niż złożył Odwołujący. Podał także, że wykonawca, jako przedsiębiorca telekomunikacyjny w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), jest zainteresowany udziałem w tym przetargu i tym samym ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a na skutek wadliwej decyzji Zamawiającego, wykonawca ponieść może szkodę. Zatem przysługuje mu legitymacja do wniesienia tego odwołania. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z dnia 20 września 2014 r., kopi referencji złożonych z ofertą z dnia 22.09.2014 r. oraz referencji wydanych przez PKP Cargo SA z dnia 15.02.2010. r., referencji wydanych przez PKP Energetyka S.A. z dnia 16.02.2010 r. i referencji wydanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 05.06.2014r., a także kopi wezwania Zamawiającego z dnia 02.10.2014 r., do uzupełnienia braków i kopi wyjaśnień złożonych przez wykonawcę pismem z dnia 07.10.2014 r., potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi dostępu do sieci Internet wraz załącznikami oraz kopi zawiadomienia o wyborze przez Zamawiającego oferty na Świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi dostępu do sieci Internet z dnia 17.10.2014 r., a ponadto kopi oferty Wykonawcy z dnia 22.09.2014 r.

Mając na uwadze przedstawione powyżej zarzuty wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz: nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, b) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, c) powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, że Zamawiający w pkt 6 ppkt 12 W części I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” żądał od wykonawców załączenia do oferty wykazu głównych usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat. przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności, jest krótszy-[^] w tym okresie, z podaniem ich. wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienia warunku postawionego w pkt. 5 ppkt 2 c) SIWZ oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie. Dowodami potwierdzającymi zgodnie z pkt 6 ppkt 12 specyfikacji miało być poświadczenie wydane przez podmiot, na rzecz którego wykonywany był kontrakt - dla nadal wykonywanych usług okresowych i ciągłych poświadczenie musi zostać wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie, uzyskać poświadczenia, o którym mowa w lit. a) powyżej. W takiej sytuacji Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności uniemożliwiających uzyskanie poświadczenia. Wskazał także, że termin złożenia oferty został określony przez Zamawiającego na 22 września 2014 r. i wykonawca w tym terminie złożył ofertę załączając wymaganą dokumentację. Podał również, że Zamawiający pismem z dnia 02.10.2014 r., wezwał Odwołującego do złożenia (uzupełnienia) wymaganych specyfikacją dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w dniu 7 października 2014 r., uzupełnił dokumentację zgodnie z żądaniem, pomimo to Zamawiający w dniu 17.10.2014 r. przesłał do Odwołującego informację o wyborze oferty oraz o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, iż jeden z listów referencyjnych (wystawiony przez PKP Energetyka) nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, albowiem został wystawiony w dniu 29.09.2014 r., tj. po upływie terminu składania ofert, który został wyznaczony przez na dzień 22.09.2014 r. W ocenie wnoszącego odwołanie wykonawcy stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo termin składania ofert. Powołując się na doktrynę i orzecznictwo wykonawca podkreślił, że fakt

wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu. W konkluzji wykonawca podał, że w tym postępowaniu zgodnie z częścią I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców”, Zamawiający w pkt 15 ppkt. 2 wskazał, że kryterium oceny ofert jest 100 % ceny, a w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający dokonał wyboru mniej korzystnej oferty niż ta, którą złożył Odwołujący i tym samym konieczne jest dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z prawem.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Przedmiotem tego zamówienia jest usługa - „Świadczenie usługi transmisji danych oraz usługi dostępu do sieci Internet” - której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 696.950 zł, co stanowi równowartość 164.962,48 euro] i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest oprócz czynności wykluczenia wykonawcy - TK Telekom sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący] z postępowania z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp jest także naruszenie art. 26 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 tej ustawy. Mając zatem na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie zaskarżona czynność wykluczenia wnoszącego odwołanie wykonawcy. Jednocześnie Izba stwierdza, że wykonawca ten pomimo takiego ograniczenia prawnego możliwości podnoszenia zarzutów, w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, miał możliwość powoływania się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wnoszenia odwołania, albowiem, złożył ofertę

cenową brutto z najniższą ceną [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do braku podstaw wykluczenia wykonawcy z tego postępowania umożliwia temu wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a skutkiem niezasadnego wykluczenia wykonawcy z tego postępowania mógłby on ponieść szkodę nie uzyskując tego zamówienia. Zatem Odwołujący w dacie wnoszenia odwołania miał legitymację procesową w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do jego wniesienia.

Izba rozpoznając podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w pierwszej kolejności uwzględniała dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.1 i 3 tej ustawy. Zgodnie z tymi regulacjami Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a z kolei odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp i wykonawca zobowiązany jest wskazać okoliczności faktyczne i prawne dla podnoszonego w odwołaniu zarzutu.

Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 17 października 2014 r. [znak: ZBZ-ZZP-390-36/14(21)] w części dotyczącej podstaw wykluczenia wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający podał, że wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem list referencyjny PKP Energetyka został wystawiony w dniu 29 września 2014 r. po upływie terminu składania oferty, który został wyznaczony na dzień 22 września 2014 r. Zatem tylko takich okoliczności mogło dotyczyć odwołanie i w toku postępowania odwoławczego nie jest możliwe rozszerzanie przez Zamawiającego lub przystępującego wykonawcę podstaw, zarówno prawnych jak i faktycznych czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Stosownie do postanowień pkt 6 ppkt 12 specyfikacji potwierdzeniem warunku z pkt 5 ppkt 2 lit. c) specyfikacji miało być poświadczenie wydane przez podmiot, na rzecz którego wykonywany był kontrakt, a dla nadal wykonywanych usług okresowych i ciągłych poświadczenie musiało zostać wydane – również tak jak stanowi § 1 ust.2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane - nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Tym samym list referencyjny z dnia 29 września 2014 r. został wystawiony z datą nie wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert ustalonym na dzień 22 września 2014 r. Inne ograniczenia na które powoływał się przystępujący wykonawcy w toku rozprawy nie były podane w specyfikacji m.in. Zamawiający nie wymagał dokumentu z datą jego wystawienia najpóźniej z upływem

terminu składania ofert, tym bardziej, że takie ograniczenie byłoby sprzeczne z przepisami Prawa zamówień publicznych, w tym przywołanego rozporządzenia.

Izba dodatkowo zauważa, że data wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu, albo przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje na potwierdzenie stanu faktycznego, istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Izba w niniejszej sprawie na marginesie stwierdza, że w liście referencyjnym z dnia 29 września 2014 r. wskazano nie tylko na budowę i uruchomienie sieci VAN, ale także na świadczenie w ramach tej umowy usług serwisowania sieci, transmisji danych i dostępu do Internetu oraz, że te usługi de facto w całym okresie ich wykonywania - do dnia wystawienia tego listu, a zatem i w dniu 22 września 2014 r., czy [z uwagi na ograniczenie z pkt 6 ppkt 12 specyfikacji] w dniu 22 czerwca 2014 r. (...) zostały zrealizowane terminowo i zgodnie ze zleceniem oraz obowiązującymi normami technologicznymi". Izba dodatkowo zauważa również, że Zamawiający nie postawił szczególnych wymagań, co do treści poświadczenia wystawianego przez podmiot na rzecz którego realizowana była usługa, w tym, co do dokumentowania wartości usługi w skali roku, o której mowa w pkt 5 ppkt 2 lit. c) specyfikacji. Izba zwraca także uwagę, że w toku rozprawy zarówno Zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie wykonawca, podnosząc zarzuty do treści listu referencyjnego z dnia 29.09.2014 r. nie przedstawili - zgodnie zasadą wyrażoną w art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne - dowodu na okoliczność, że do dnia 22.09.2014 r. usługa była nienależycie realizowana lub, że wartość usługi w skali roku była mniejsza niż 120 tys. netto. Tym samym przystępujący wykonawca, chociażby z tego powodu nie mógł skutecznie powoływać się na dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, podnosząc, że wskazywane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy Pzp, nie ma wpływu na wynik tego postępowania, albowiem wnoszący odwołanie wykonawca nie potwierdził referencją m.in. wymaganej w skali roku wartości usługi.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzut wykluczenia Odwołującego z tego postępowania z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp za zasadny i wobec powyższego konieczne było również nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie dokonania ponownych czynności badania i oceny ofert.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....