

Sygn. akt: KIO 1061/14

POSTANOWIENIE
z dnia 10 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Grzegorz Matejczuk
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant : Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 10 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2014 r. przez **wykonawcę Exatel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Exatel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47** kwotę 13 500 zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dzierżawę łączny telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowanym w dniu 16 maja 2014r. pod numerem 2014/S 094-165308.

W dniu 26 maja 2014r. pisemne odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu i siwz wniósł Exatel Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Perkuna 47. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 maja 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 maja 2014r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

- a) naruszenie art. 131 g ust. 3 pkt 1 ustawy przez niedozwolone żądanie wskazania we wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach nazw (firm) podwykonawców oraz zakresu prac, które mają być im powierzone,
- b) naruszenie art. 131e ust. 1 w związku z art. 131 r ust. 4 ustawy, a także art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez niedozwolone wprowadzenie w ogłoszeniu przesłanek wykluczenia podwykonawców oraz wymaganie przedstawienia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w negocjacjach dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podwykonawców,
- c) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 48 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 56 ust. 1 ustawy, poprzez postawienie w ogłoszeniu wymagań dotyczących wskazania podwykonawców, przy równoczesnym niezamieszczeniu w ogłoszeniu podstawowych informacji określających przedmiot zamówienia.
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne sformułowanie ogłoszenia w zakresie wymagań dotyczących podwykonawców.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia oraz treści formularza wniosku, poprzez usunięcie wymagań dotyczących wskazania podwykonawców we wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, oraz przesłanek wykluczenia podwykonawców, a także przedłożenia wraz z wnioskiem dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podwykonawców.

Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem uprawnionym i zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. Naruszające przepisy ustawy

postanowienia ogłoszenia, utrudniają znacząco lub wręcz uniemożliwiają odwołującemu się złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach. W konsekwencji, odwołujący się może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w sekcji II ogłoszenia, pkt 11.1.5., zamawiający zamieścił następujący opis przedmiotu zamówienia:

Dzierżawa łączy telekomunikacyjnych w warstwie transportowej na potrzeby wojskowego systemu telekomunikacyjnego z uwzględnieniem potrzeb obronnych i bezpieczeństwa państwa oraz:

- 1) udostępnienie sygnału synchronizacyjnego w punktach styku sieci;
- 2) uruchomienie systemu monitoringu łączy;
- 3) wybudowanie punktów dostępowych do sieci telekomunikacyjnej wykonawcy;
- 4) uruchomienie odcinków doprowadzeniowych łączy.

Odwołujący podkreślił, że przy tak ogólnym określeniu przedmiotu zamówienia, wykonawcy nie uzyskują podstawowych informacji niezbędnych do jego wykonania. Przykładowo łącza telekomunikacyjne mogą być wykonane w jednej z kilku technologii, a nie znając jakichkolwiek uwarunkowań realizacji przedmiotowego zamówienia, wykonawcy nie mogą ustalić, jaka technologia będzie w tym wypadku właściwa lub wręcz wymagana przez zamawiającego.

Oczywiście odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że zamawiający nie jest zobowiązany do tego, by w ogłoszeniu zamieścić wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, jednakże w tym przypadku po pierwsze, opis zamieszczony przez zamawiającego jest zbyt enigmatyczny, nawet w stosunku do zakresu wymaganego w ogłoszeniu, a po drugie, opis ten jest zdecydowanie niewystarczający w kontekście dalej omówionych żądań zamawiającego, dotyczących podwykonawstwa.

W sekcji II pkt. II. 1.7. zamawiający stwierdził, że „Ofertant ma obowiązek wskazać w swojej ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani”. W tej części ogłoszenia zamawiający powielił zatem treść art. 131 g ust. 3 pkt 1 ustawy, zapowiadając żądanie określonych informacji na etapie składania ofert. Jednak już w sekcji III. pkt. III.2.1. ogłoszenia, opisującej sytuację podmiotową wykonawców, zamawiający zawarł także dział zatytułowany: kryteria dotyczące sytuacji podmiotowej podwykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia), w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. W dziale tym opisane zostały wymagania podmiotowe w stosunku do podwykonawców. Wymagania te zostały w większości sformułowane w sposób analogiczny, jak w odniesieniu do wykonawców, jednak zamawiający w kilku miejscach uregulował je odrębnie (np. zaświadczenie o wpisie do

rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych w odniesieniu do podwykonawców należy załączyć „opcjonalnie, gdy zachodzi taka potrzeba”).

Z kolei zgodnie z treścią formularza wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, zamieszczonego na stronie zamawiającego (http://www.rczsiut.wp.mil.pl/pl/7_356.html), zamawiający w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, wymaga załączenia do wniosku wykazu podwykonawców i prac (czynności im powierzonych). Wykaz ten stanowi wzór nr 7 załączony do formularza wniosku. Z powyższego wynika, że zamawiający wymaga szczegółowego wskazania zarówno samych podwykonawców, jaki zakresu prac, który będzie im powierzony nie tylko na etapie składania ofert, ale już na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach. W ocenie odwołującego wymagania takie są niezgodne z ustawą - prawo zamówień publicznych, a także są niemożliwe do spełnienia, z uwagi na brak wiedzy o przedmiocie zamówienia, wystarczającej do wskazania podwykonawców oraz zakresu prac, który będzie im powierzony.

Niejasne są także konsekwencje ewentualnego nieprawidłowego wskazania podwykonawcy we wniosku, tzn. przykładowo sytuacji, w której wykonawca wskaże danego podwykonawcę oraz zakres prac, który dla niego przewidział, a następnie, po sprecyzowaniu przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, będzie chciał powierzyć inny zakres prac innemu podwykonawcy. Nie wiadomo również, co konkretnie zamawiający uczyni, jeżeli dany podwykonawca wskazany we wniosku nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez zamawiającego, a w szczególności czy skutkiem takiej sytuacji może być wykluczenie samego wykonawcy (na co wskazywać może zamieszczenie wymagań dotyczących podwykonawców w sekcji opisującej warunki udziału w postępowaniu przewidziane dla wykonawców).

Tak więc treść ogłoszenia w omawianym zakresie budzi zasadnicze wątpliwości, co w znaczący sposób utrudnia przygotowanie wniosku o dopuszczenie do negocjacji. Co więcej, postawienie omawianych wymagań jest w ocenie odwołującego sprzeczne z przepisami ustawy – prawo zamówień publicznych.

Ustawa przewiduje następujące wymagania co do podwykonawców, które może postawić zamawiający:

Art. 131 g ust. 3: Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w zakresie podwykonawstwa, dotyczące:

- 1) wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw (firm) podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani - w przypadku, w którym wykonawca nie jest zobowiązany przez zamawiającego do wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w niniejszym rozdziale;

- 2) niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców, które wystąpią w trakcie wykonywania zamówienia;
- 3) stosowania przewidzianej w przepisach niniejszego rozdziału procedury wyboru podwykonawców wszystkich lub niektórych części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom;
- 4) zawarcia z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo, zgodnie z art. 131p ust 1.

Z powyższego wynika, że o ile zamawiający nie przewiduje obligatoryjnych procedur zmierzających do zawarcia przez wykonawców umów o podwykonawstwo, opisanych w art. 131m i nast. ustawy (co w niniejszym postępowaniu nie ma miejsca), to wymaganie wskazania podwykonawców dopuszczalne jest dopiero na etapie składania ofert, a nie na wcześniejszych etapach postępowania.

Przyczyny takiego sformułowania przepisów są zresztą oczywiste - zamawiający nie mógłby żądać wskazania podwykonawców, gdyby byli oni wybierani w ramach procedur opisanych w art. 131m i nast. pzp, ponieważ przed zakończeniem tych procedur podwykonawcy nie byłiby znani.

Równocześnie zamawiający może żądać wskazania podwykonawców dopiero w ofercie, ponieważ wcześniej nie są znane szczegóły dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Także art. 21 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81 /WE z dnia 13 lipca 2009 r. (tzw. dyrektywy obronnej), który został wprowadzony do polskiego porządku prawnego przez art. 131 g ust. 3 ustawy, jednoznacznie przesądza, że zamawiający może żądać informacji o podwykonawcach dopiero na etapie oferty.

Powyższe prowadzi także do wniosku, że przewidziana w art. 131 r. ust. 4 zasada, iż przepis art. 131e ust. 1, dotyczący przesłanek wykluczenia, stosuje się do podwykonawców, ma zastosowanie wyłącznie w procedurach, które muszą być przeprowadzone w celu wyboru podwykonawców, w razie gdy zamawiający wymaga zawarcia umowy o podwykonawstwo po zastosowaniu takiej procedury.

Zamawiający nie może jednak „wykluczać podwykonawców” na etapie składania wniosków o dopuszczenie do negocjacji. Konsekwentnie nie ma także podstaw wymagania przez zamawiającego dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej wszystkich podwykonawców już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach. Takiej podstawy nie dają bowiem ani przepisy ustawy - prawo zamówień publicznych, ani przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W §8 przedmiotowego rozporządzenia dopuszczono odpowiednie stosowanie jego zasadniczych przepisów (§§1-7) jedynie do podwykonawców, o których mowa w art. 131n ustawy, a zatem wybieranych w drodze konkurencyjnego postępowania prowadzonego przez wykonawcę, zmierzającego do zawarcia umowy o

podwykonawstwo. Jak już wspomniano, taka sytuacja nie występuje jednak w postępowaniu, którego dotyczy zaskarżone ogłoszenie.

Biorąc pod uwagę powyższe, jeżeli kwestionowane wymagania zostaną utrzymane w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy będą zmuszeni do wskazania we wnioskach podwykonawców oraz zakresu prac dla nich przewidzianych, nie znając nawet ogólnego opisu przedmiotu zamówienia, zaś nieprawidłowe wskazanie takiego podwykonawcy lub niespełnienie przez niego warunków zdefiniowanych przez zamawiającego, będzie skutkowało niewiadomymi konsekwencjami.

W dniu 5 czerwca 2014 zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uznaje żądania odwołującego w zakresie modyfikacji treści ogłoszenia przez usunięcie wymagań dotyczących:

- wskazania podwykonawców we wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach,
- przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w negocjacjach dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podwykonawców. Wskazał, że spełnienie żądań odbyło się przez dokonanie w dniu 26 maja 2014r. zmian w formularzu wniosku o dopuszczenie do negocjacji zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego i doprecyzowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu przekazanym w dniu 4 czerwca 2014 do publikacji w Dz. U. UE. Natomiast zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego w zakresie modyfikacji treści ogłoszenia przez usunięcie przesłanek wykluczenia podwykonawców. Zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa (art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy), nie tylko w sytuacji wskazanej w art. 131m ustawy, jak to wynika z samego brzmienia art. 131g ust. 3 pkt 1 ustawy („w przypadku, w którym wykonawca nie jest zobowiązany przez zamawiającego do wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w niniejszym rozdziale”). Przygotowując się do możliwego skorzystania z dyspozycji art. 131 r ust. 1 ustawy (co może mieć miejsce w niniejszym postępowaniu, wbrew temu, co twierdzi odwołujący), zamawiający przedstawił jasne kryteria w celu zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców na tych samych znanych od początku zasadach. Zdaniem zamawiającego, już na obecnym etapie postępowania każdy wykonawca powinien posiadać w tym zakresie odpowiednią wiedzę w celu przygotowania się do realizacji zamówienia w przedmiocie zachowania procedur określonych ustawą przy wyborze podwykonawcy. Pozostawienie swobody wykonawcy dokonania doboru nie oznacza jednak, że zamawiający będzie akceptował każdą propozycję. Wyartykułowanie w odpowiednich punktach ogłoszenia o zamówieniu wymagań w stosunku do podwykonawcy oznacza, że zamawiający oczekuje od wykonawcy zatrudnienia podwykonawcy spełniającego te wymagania, nie oznacza to

jednak, że wykonawca na etapie składania wniosków zobowiązany jest do składania dokumentów podmiotowych podwykonawców.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....