Sygn. akt: KIO 2919/20

WYROK

z dnia 26 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez **wykonawcę T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie**w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Województwo Dolnośląskie – Biuro Obsługi Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu**
przy udziale **wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
   2) zasądza od **wykonawcy T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Województwa Dolnośląskiego – Biura Obsługi Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu**
   kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 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 we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2919/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Biuro Obsługi Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Świadczenie usługi telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej, w tym transmisji danych, wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu*".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie(zwany dalej: „*Odwołującym*") w dniu 9 listopada 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z uwagi na niezłożenie oświadczenia w przedmiocie przynależności/bądź nie do grupy kapitałowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy według Odwołującego informacje posiadane przez Zamawiającego byty wystarczające do stwierdzenia braku istnienia wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp oraz w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał brak podstaw wykluczenia. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy T-Mobile Polska S. A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 listopad 2020 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 12 listopada 2020 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „*Przystępującym*").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Biuro Obsługi Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usługi telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej, w tym transmisji danych, wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu"*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Rozdział VII pkt 1 SIWZ:

Wszystkie oświadczenia, zawiadomienia i wnioski oraz inne informacje, które dotyczą niniejszego zamówienia będą przekazywane pisemnie lub drogą elektroniczną za wyjątkiem oferty, umowy oraz oświadczeń i dokumentów wymienionych w w rozdziale VI pkt 2,3,4,5 niniejszej SIWZ (również w przypadku ich złożenia, uzupełnienia poprawienia w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp) dla których zastrzega się formę pisemną.

Rozdział VI pkt 5 SIWZ:

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, złoży listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, albo oświadczenie o tym, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej – zał. Nr 5 do SIWZ. Wykonawca w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy, przekaże Zamawiającemu oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej. W przypadku gdy w postępowaniu zostanie złożona tylko jedna oferta, Wykonawca nie ma obowiązku składania ww. oświadczenia.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący nie złożył w niniejszym postępowaniu oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej (załącznika nr 5 do SIWZ).

Zamawiający w dniu 29 października 2020 r. wezwał wykonawcę o uzupełnienie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, przytaczając postanowienia SIWZ i zastrzegając że dla niektórych oświadczeń i dokumentów wymagana jest wyłącznie forma pisemna. Zamawiający przewidział termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 3 listopada 2020 r. .

Odwołujący w dniu 30 października 2020 r. uzupełnił oświadczenie o przynależności bądź braku takiej przynależności do grupy kapitałowej w formie skanu.

Bezspornym jest, że forma pisemna tego oświadczenia dotarła do Zamawiającego po upływie terminu na uzupełnienie (t.j. po 3 listopada 2020 r. po godz. 10.00). W konsekwencji Zamawiający w dniu 4 listopada 2020 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy przywołać przepisy ustawy mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. I tak:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza wykonawców,
którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o
dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą że istniejące między nimi
powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wykonawca w terminie 3 dni od dnia
przekazania informacji o której mowa w art. 51 ust. 1 a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo
od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5,
przekazuje Zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej
samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem
oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W ocenie Izby – wobec przedstawionego stanu faktycznego należało uznać, że Zamawiający zasadnie dokonał czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Na wstępie - wobec sporu, który zawisł przed Izbą – odpowiedzieć należało na pytanie – kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - czym jest i jakie ma znaczenia dla prowadzonego postępowania - oświadczenie o przynależności, bądź braku przynależności do grupy kapitałowej. W ocenie Izby - oświadczenie o przynależności/bądź braku przynależności do grupy kapitałowej składane jest przez wykonawców celem ustalenia czy w postępowaniu zaistniały przesłanki wykluczenia wykonawcy opisane w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Bezspornym jest, że oświadczenie w przedmiocie przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej zostało uzupełnione przez Odwołującego – jednak z naruszeniem terminu na jego uzupełnienie (w formie pisemnej oświadczenie to wpłynęło po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego).

Zauważenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - , że postanowienia specyfikacji – w przedmiocie formy składanych dokumentów – w tym oświadczenia o przynależności, bądź braku przynależności do grupy kapitałowej były jasne. Zamawiający dla tego oświadczenia przewidział formę pisemną.

Również wezwanie Zamawiającego - w przedmiocie uzupełnienia niniejszego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – nie budziło żadnych wątpliwości. Zamawiający w kierowanym do Odwołującego wezwaniu przywołał postanowienia SIWZ, z których jasno i precyzyjnie wynikało, że oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej należy złożyć w formie pisemnej.

Dodatkowo zauważyć również należy, że postanowienia SIWZ (w przedmiocie niniejszego sporu) nie były przedmiotem zaskarżenia, zatem wiązały zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie występował do Zamawiającego o przedłużenie terminu na złożenie brakujących dokumentów - przedmiotowego oświadczenia. W konsekwencji – w ocenie Izby - w zaistniałej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z przedstawioną przez Odwołującego argumentacją. Oświadczenie o przynależności/bądź braku przynależności do grupy kapitałowej składa się celem ustalenia czy w postępowaniu zaistniały przesłanki wynikające z art. 24 ust. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że termin z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest terminem instrukcyjnym. W takiej sytuacji każde wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów – zakładając że termin wyznaczony może nie zostać przez wykonawcę dochowany – mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, a wskazywany przez Zamawiającego termin byłby fikcją.

Rozstrzygając spór w niniejszej sprawie nie można również pominąć pewnych podstawowych reguł/zasad postepowania o udzielenie zamówienia publicznego jakimi powinien kierować się Zamawiający. Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania podstawowych zasad zamówień publicznych, tak aby wszyscy biorący wykonawcy udział mieli równe szanse na uzyskanie zamówienia. Jednak zastosowanie w niniejszym postępowaniu zasady przejrzystości – na zasadach określonych przez Odwołującego -prowadziłoby jednocześnie do złamania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - z czym nie można się zgodzić.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, jakoby Zamawiający mógł sam ustalić - na podstawie złożonego skanu oświadczenia oraz dokumentów innych wykonawców - zaistniały stan faktyczny – należy zauważyć, że to wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien wykazać brak podstaw do wykluczenia, nie zaś Zamawiający, a okoliczności stanowiących brak podstaw do wykluczenia, Zamawiający nie może w żaden sposób

domniemywać ze złożonych przez innych wykonawców dokumentów w postępowaniu.

Reasumując – zgodzić należało się z Przystępującym, że Zamawiający – w niniejszym stanie faktycznym– nie dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania naraziłby się na zarzut złamania zasady równego traktowania wykonawców, łamiąc jednocześnie własne reguły przyjęte specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……