

Sygn. akt: KIO 2511/24

**WYROK**  
**z dnia 8 sierpnia 2024 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Ewa Sikorska**

**Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2024 r. przez wykonawcę **S.J.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

**orzeka:**

1. umarza zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) poprzez nieprzekazanie na wniosek odwołującego – wykonawcy **S.J.** – wszystkich załączników do protokołu,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S.J.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **S.J.** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 2511/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Pałacu Kultury i Nauki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są prace konserwacyjno-serwisowe oraz usuwanie usterek i awarii systemu sygnalizacji pożaru Notifire, systemu telewizji przemysłowej CCTV – analogowa. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwaną dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 lipca 2024 r. wykonawca S.J. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. oraz bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jest ona zgodna z warunkami zamówienia
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty który narusza równe traktowanie poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i bezpodstawne unieważnienie postępowania
- 3) art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, kiedy oferta odwołującego jest ofertą ważną, a – co za tym idzie – nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o powyższą przesłankę.
- 4) art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie na wniosek odwołującego wszystkich załączników do protokołu.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Unieważnienie postępowania oraz odrzucenie oferty odwołującego, kiedy oferta odwołującego była na 1 miejscu spośród wszystkich złożonych ofert pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i pozbawia go przez to możliwości osiągnięcia zysku. Gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego i nie unieważnił postępowania, odwołujący realizowałby przedmiotowe zamówienie. Zatem odwołujący poniósł szkodę w wyniku bezprawnego działania zamawiającego. Dlatego też odwołujący spełnia wymogi określone w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia (wniesieniu odwołania) oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,

4. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 17.05.2024 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający żądał „wyjaśnienia dotyczącego rozbieżności między treścią pkt IV.9 Formularza ofertowego a treścią zobowiązania udostępnienia zasobów z dnia 3 czerwca 2024 r. tj. czy podmiot udostępniający zasoby Panorama-SAP Sp. z o.o., ul. Dzieci Warszawy 5, 02-495 Warszawa, będzie podwykonawcą w zamówieniu, a jeżeli tak, to jaki będzie zakres jego prac. Z treści pkt IV.9 Formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę wynika, że zamówienie zrealizuje sam.”

W dniu 11.06.2024r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w których wyjaśnił m.in, że „Zakres czynności, jakie będzie wykonywała firma Panorama-SAP Sp. z o.o. jako podwykonawca, będzie obejmował wszystkie czynności zlecone lub określone w umowie przez Zamawiającego, które wymagają zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, a w szczególności: kontrolę szczelności zamkniętych źródeł promieniowania po zdarzeniu radiacyjnym oraz innym incydencie mogącym mieć wpływ na szczelność źródła (w szczególności po pożarze), demontaż, przechowywanie (magazynowanie), transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających zamknięte źródła promieniowania.”

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na zapisy umowy:

„W niniejszym postępowaniu Zamawiający w § 10 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, zastrzegł osobiste wykonanie przez wykonawcę czynności, tj. „w zakresie usuwania doraźnych usterek i awarii;

a) usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP, wraz powiązanymi funkcjonalnie i programowo, jak np. system zabezpieczenia przed zadymieniem klatek schodowych, system oddymiania klatek schodowych, klapy przeciwpożarowe, kurtyny, CCTV, SKD, SSWiN, DSO, oprogramowania, linii światłowodowych, kontroli dostępu,

b) wymianę części zużywających się lub takich, których okresowa wymiana jest wymagana dla zachowania sprawności systemów,

c) działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów, pracami modernizacyjnymi dotyczącymi elementów systemów, a także ze zmianami w konfiguracji lub funkcjonalności elementów systemów.

Zakres prac, które Wykonawca planuje zlecić podwykonawcy Panorama-SAP sp. z o.o. powiela się z zakresem czynności, dla których Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie. Tym samym Wykonawca oświadczając, że Panorama-SAP sp. z o.o. będzie realizować czynności określone w § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy naruszył ograniczenie, o którym mowa w § 10 ust. 1, a tym samym złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.”

W ocenie odwołującego zamawiający nie wykazał w sposób skuteczny, na czym ma polegać niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący stwierdził, że zakres prac, jaki odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy, jest zupełnie inny niż kluczowe części zamówienia wskazane przez zamawiającego. W ocenie odwołującego zakres prac, jaki zamierza powierzyć podwykonawcy, nie ma nic wspólnego z zakresem, jaki na mocy § 10 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy ma wykonywać wykonawca nie mogąc zlecać go podwykonawcy.

**Ograniczenia wynikające z § 10 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy**

usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP  
wymiana części zużywających się  
działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów

**Zakres prac jakie ma wykonywać Panorama-SAP Sp. z o.o. zgodnie z wyjaśnieniami**

kontrola szczelności zamkniętych źródeł promieniowania  
demontaż czujek izotopowych  
przechowywanie (magazynowanie) czujek izotopowych  
transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu

Odwołujący podniósł, że przechowywanie i transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu to czynności, które nie zostały nawet literalnie wymienione w opisie przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. odwołujący wskazał, że zamawiający swoim działaniem naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p., gdyż odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, kiedy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia jawi jako złamanie jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 (obecnie art. 16) ustawy (Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Z całą stanowczością trzeba podkreślić, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. sygn. akt V Ca 592/05). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, albowiem w sposób dowolny pozbawiony podstaw

prawnych dokonał unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego pomimo braku podstaw prawnych do dokonania takich czynności. Artykuł 18 dyrektywy klasycznej stanowi dodatkowo, że: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”. Zasada zachowania uczciwej konkurencji „(...) związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (...)” Wyrok KIO z 12.01.2015 r., KIO 2744/14, LEX nr 1651226. Z praktycznego punktu widzenia istotne jest, aby wszystkie czynności Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o zamówienie publiczne były dokonywane w poszanowaniu tych zasad i powinny mieć na celu zapewnienie ich przestrzegania. Dodatkowo „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, a nie na jednakowej ocenie wykonawców (...)”. W wyroku KIO z 9.01.2020 r., KIO 2401/19, LEX nr 2770233, dodatkowo wskazano, że: „Przepisy art. (...) ustawy PZP określają obowiązki zamawiającego – przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości – naruszenie wskazanych przepisów, co do zasady, jest skutkiem naruszenia przepisu szczególnego ustawy PZP”. Ustawodawca postanowił o semantycznym powiązaniu zasady uczciwej konkurencji z zasadą równego traktowania wykonawców. Mimo iż obie zasady mogłyby funkcjonować odrębnie, połączenie ich w jedno podstawowe założenie zrównuje ich rangę i unaocznia wzajemne współistnienie. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza bowiem konieczność równego, identycznego traktowania wszystkich wykonawców. W jej założeniu wykonawcy powinni mieć umożliwiony równy dostęp do udziału w postępowaniu. Sam zamawiający nie ma prawa faworyzować jednych wykonawców ani nie może uniemożliwić pewnym wykonawcom udziału w postępowaniu. Tym samym zasada ta przeistacza się w zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Fakt nierównego traktowania wykonawców przedmiotowym postępowaniu objawia się tym, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia i unieważnił postępowanie nie mając do tego podstaw prawnych.

Odwołujący wskazał, że z świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Naruszenie przepisów ustawy P.z.p. dokonane przez zamawiającego jest istotne oraz wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w sytuacji, kiedy oferta odwołującego jest ofertą ważną, odwołujący stwierdził, że w sytuacji, kiedy nie było podstaw prawnych do odrzucenia jego oferty, pozostaje ona jedyną ważną ofertą. Zatem powoduje to, że zamawiający nie ma podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.

W zakresie naruszenia art. 74 ust.2. ustawy P.z.p. poprzez nieprzesłanie wszystkich załączników do protokołu odwołujący stwierdził, że w dniu 8.07.2024 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o przesłanie protokołu wraz z załącznikami. Zamawiający dopiero w dniu 16.07.2024 r. przesłał protokół, ale nie przesłał on wszystkich załączników. Brakuje następujących załączników:

- 1) Oświadczenie Kierownika Zamawiającego oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu, określone w art. 56 ust. 2 ustawy P.z.p.;
- 2) Oświadczenie Kierownika Zamawiającego oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu, określone w art. 56 ust. 4
- 3) Dokumenty weryfikujące podpis

Tym samym odwołujący nie ma wiedzy na temat ewentualnego braku powiązań członków komisji z wykonawcami co ma niebagatelny wpływ na ewentualny wynik postępowania. Dodatkowo nie posiada wiedzy, czy złożone drugą firmę dokumenty zostały prawidłowo podpisane. Fakt nieprzekazania załączników do protokołu stanowi też naruszenie zasady jawności i równego traktowania, które zostały zwarte w art. 16 i 17 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 sierpnia 2024 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający stwierdził, że stanowisko odwołującego jest nieprawidłowe, bowiem niezależnie od wyniku postępowania odwoławczego, oferta odwołującego i tak w dalszym ciągu będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p., bowiem odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.1.1. SWZ. Odwołujący nie posiada wymaganego w pkt 12.1.1. SWZ zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji

Atomistyki na obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu. W konsekwencji odwołujący będzie podlegał odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego w tym stanie rzeczy uzasadnioną wątpliwość budzi stwierdzenie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i art. 255 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający stwierdził, że w zobowiązaniu udostępnienia zasobów z dnia 03.06.2024 r. Panorama-SAP Sp. z o.o. oświadczył, że potwierdza udział w realizacji zamówienia „Prace konserwacyjno-serwisowe oraz usuwanie usterek i awarii systemu sygnalizacji pożaru Notifier, systemu telewizji przemysłowej CCTV- analogowa” (sprawa nr 141/2024) w zakresie obrotu, instalowania, konserwacji, magazynowania i transportu oraz demontażu i utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających źródła promieniotwórcze w budynku w PKiN w Warszawie. Pod zobowiązaniem swój podpis złożył podwykonawca Panorama-SAP Sp. z o.o. oraz odwołujący. Na podstawie przedmiotowego oświadczenia (zaakceptowanego przez odwołującego) można zatem przyjąć wniosek, że Panorama-SAP Sp. z o.o. będzie realizować zamówienie w zakresie obrotu, instalowania, konserwacji, magazynowania i transportu oraz demontażu i utylizacji izotopowych czujek dymu.

Odwołujący w dniu 11.06.2024 r. złożył wyjaśnienia. Odwołujący oświadczył, że zakres czynności, jakie będzie wykonywała firma Panorama-SAP Sp. z o.o. jako podwykonawca będzie obejmował wszystkie czynności zlecone lub określone w umowie przez zamawiającego, które wymagają zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, a w szczególności: kontrolę szczelności zamkniętych źródeł promieniowania po zdarzeniu radiacyjnym oraz innym incydencie mogącym mieć wpływ na szczelność źródła (w szczególności po pożarze), demontaż, przechowywanie (magazynowanie), transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających zamknięte źródła promieniowania. Tym samym odwołujący oświadczył, że Panorama-SAP Sp. z o.o. będzie realizować:

1) wszystkie czynności zlecone lub określone w umowie przez zamawiającego, które wymagają zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, tj. obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu;

2) kontrolę szczelności zamkniętych źródeł promieniowania po zdarzeniu radiacyjnym oraz innym incydencie mogącym mieć wpływ na szczelność źródła;

3) demontaż izotopowych czujek dymu;

4) przechowywanie (magazynowanie) izotopowych czujek dymu;

5) transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu.

Zamawiający zauważył, że istotne w kontekście niniejszej sprawy jest postanowienie § 10 ust. 1 projektu umowy, zgodnie z którym: „Na podstawie art. 121 ustawy P.z.p. zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę, bez udziału podwykonawców, przedmiotu Umowy określonego w § 1 ust. 2 pkt 3”. W świetle § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy „Serwis Systemu obejmuje w zakresie usuwania doraźnych usterek i awarii:

a) usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP, wraz powiązanymi funkcjonalnie i programowo, jak np. system zabezpieczenia przed zadymieniem klatek schodowych, system oddymiania klatek schodowych, klapy przeciwpożarowe, kurtyny, CCTV, SKD, SSWiN, DSO, oprogramowania, linii światłowodowych kontroli dostępu;

b) wymianę części zużywających się lub takich, których okresowa wymiana jest wymagana dla zachowania sprawności systemów;

c) działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów, pracami modernizacyjnymi dotyczącymi elementów systemów, a także ze zmianami w konfiguracji lub funkcjonalności elementów systemów”.

Zamawiający wskazał, że System Sygnalizacji Pożaru (SSP) to zestaw urządzeń mających na celu wykrywanie pożaru, alarmowanie osób przebywających w budynku oraz automatyczne powiadamianie odpowiednich służb ratunkowych. SSP jest kluczowym elementem ochrony przeciwpożarowej zapewniającym szybkie wykrycie zagrożenia i umożliwiającym podjęcie odpowiednich działań zapobiegawczych. System Sygnalizacji Pożaru składa się z następujących elementów: czujniki pożarowe, centrala alarmowa, sygnalizatory i ręczne ostrzegacze pożarowe, sieć kablowa źródła zasilania elektrycznego.

Zamawiający wyjaśnił, że w budynku Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie jest ok. 5 000 czujek dymu, z czego prawie 60% to czujki jonizacyjne i stanowią istotny element systemu SPP. W zakresie wskazanym w § 1 ust. 2 pkt 3 lit. a) projektu umowy w odniesieniu do czujek jonizacyjnych dymu zakres czynności sprowadza się m.in. do demontażu czujki, sprawdzenia jej stanu zewnętrznego, oczyszczenia, przeprowadzenia pomiaru poprawności działania z użyciem radiometru, w dalszej kolejności ponownej instalacji. W zakresie wskazanym w § 1 ust. 2 pkt 3 lit. c) projektu umowy w odniesieniu do czujek jonizacyjnych dymu zakres czynności sprowadza się m.in. do demontażu i ponownej instalacji

oraz ewentualnym zakupie czujki dymu.

W ocenie zamawiającego pociągająca za sobą lektura zobowiązania podwykonawcy Panorama-SAP Sp. z o.o. oraz wyjaśnień odwołującego prowadzą do oczywistego wniosku o naruszeniu § 10 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy. Mianowicie skoro izotopowe czujki dymu są elementem systemu SSP, to ich wymiana i naprawa, będzie wiązała się z demontażem i instalacją izotopowych czujek dymu. Tymczasem demontaż i instalacja izotopowej czujki dymu stanowią zakres prac, który odwołujący wyraźnie oświadczył, że będzie realizowany przez podwykonawcę Panorama-SAP Sp. z o.o. Innym słowy demontaż i instalacja izotopowych czujek dymu zawsze będą wchodziły w zakres czynności określonych w § 1 ust. 2 pkt 3 lit. a)-c) projektu umowy, ilekroć przedmiotem będzie wymiana, a nawet usunięcie awarii czy naprawa, właśnie tego elementu systemu SSP. Zamawiający nie jest w stanie sobie wyobrazić sytuacji, w której miałyby miejsce wymiana czujki dymu (elementu systemu SSP) bez jej demontażu, a następnie instalacji. Podobnie dotyczy to takich czynności jak naprawy czy usunięcia awarii.

Zamawiający stwierdził, że prawidłowo odrzucił odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający poinformował, że przekazał odwołującemu dokumenty w dniu 12.07.2024 r., a nie w dniu 16.07.2024 r., czyli tylko 4 dni po wpłynięciu wniosku o ich udostępnienie. Zamawiający podkreślił, że udostępnienie na żądanie odwołującego nastąpiło jeszcze tego samego dnia, co zawiadomienie o unieważnieniu postępowania i dopiero z tą chwilą było możliwe udostępnienie odwołującemu załączników do protokołu postępowania.

Zamawiający wskazał, że w dniu 16.07.2024 r. przekazał do odwołującego oświadczenia Kierownika Zamawiającego i osób wykonujących czynności w postępowaniu, o którym mowa art. 56 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. oraz wytworzone dokumenty weryfikujące podpis.

W tym stanie rzeczy zarzut art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie na wniosek odwołującego wszystkich załączników do protokołu jest bezprzedmiotowy. *Nota bene* niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, że nie posiada wiedzy, czy złożone przez drugiego wykonawcę dokumenty zostały prawidłowo podpisane, skoro odwołujący może samodzielnie dokonać takiej weryfikacji.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z § 1 projektu umowy:

1. *Przedmiotem Umowy są bieżące prace konserwacyjno-serwisowe, usuwanie usterek i awarii (dalej łącznie: „Serwis”) oraz przeglądy kwartalne (dalej: „Przeglądy”) systemów wskazanych poniżej, zainstalowanych w Pałacu Kultury i Nauki w Warszawie (dalej: „Obiekt”). Serwis i Przeglądy w Obiekcie będą dotyczyły systemów sygnalizacji pożaru NOTIFIER (SSP) oraz telewizji przemysłowej (CCTV), zwanych dalej łącznie: „Systemami”. Opis przedmiotu zamówieni stanowi Załącznik nr 1 do umowy.*

2. *Serwis Systemów obejmuje:*

1) *w zakresie systemu sygnalizacji pożaru „NOTIFIER”:*

- a) *kontrolę parametrów zasilania podstawowego i awaryjnego;*
- b) *sprawdzenie poprawności przesyłania kryteriów alarmu do urządzeń odbiorczych;*
- c) *kontrolę stanu pracy centrali systemu sygnalizacji pożaru;*
- d) *przeprowadzanie testów linii dozorowych w zakresie ich ciągłości i napięć;*
- e) *kontrolę poprawności działania elementów systemu sygnalizacji pożaru – czujek temperaturowych, liniowych i optycznych, modułów sterujących itp.;*
- f) *okresowe czyszczenie i konserwacja elementów systemu;*
- g) *kontrolę funkcjonowania systemu poprzez przeprowadzanie testów obejmujących m.in. symulacje stanów zagrożenia;*
- h) *kontrolę funkcjonowania systemów powiązanych programowo i funkcjonalnie z SSP;*
- i) *uzupełnienie książki przeglądów technicznych oraz sporządzenie raportu z przebiegu konserwacji i prac serwisowych systemu.*

2) *w zakresie systemu telewizji przemysłowej (CCTV):*

- a) *sprawdzenie stabilności montażu kamer;*
- b) *sprawdzenie poprawności (stabilności) połączeń kabli sygnałowych i zasilających;*
- c) *sprawdzenie ustawienia pola widzenia punktu kamerowego i jego skorygowanie;*
- d) *sprawdzenie ustawienia ostrości punktu kamerowego i jego skorygowanie;*
- e) *czyszczenie obiektywu kamery, szyby obudowy oraz klosza kamery obrotowej;*
- f) *ocenę szczelności obudowy hermetycznej kamery, sprawdzenie uszczelek oraz uszczelniaczy;*
- g) *sprawdzenie poprawności i odtwarzalności pracy silników obrotu pionowego i poziomego kamery;*
- h) *sprawdzenie poprawności reakcji systemu na polecenia wydawane z Centrum Monitorowania Zamawiającego;*
- i) *sprawdzenie poprawności działania funkcji Focus i Zoom oraz ocena poprawności doboru właściwych nastaw*

wewnętrznych punktu kamerowego;

j) sprawdzenie w dzień i w nocy jakości przesyłanego obrazu i zobrazowanego na monitorach;

k) sprawdzenie i ustawienie poprawnego czasu i daty w urządzeniach aktywnych przeprowadzających pomiar czasu;

l) sprawdzenie stanu baterii akumulatorowych oraz automatycznego przełączania zasilania sieciowego na zasilanie awaryjne;

m) sprawdzenie poprawności zaprogramowania-konfiguracji rejestratorów;

n) sprawdzenie poprawności zaprogramowania-konfiguracji współpracujących urządzeń sieciowych;

o) analiza pliku historii zdarzeń w celu sprawdzenia poprawności działania systemu;

p) uzupełnienie książki przeglądów technicznych oraz sporządzenie raportu z przebiegu konserwacji i prac serwisowych systemu.

3) w zakresie usuwania doraźnych usterek i awarii:

a) usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP, wraz powiązanymi funkcjonalnie i programowo, jak np. system zabezpieczenia przed zadymieniem klatek schodowych, system oddymiania klatek schodowych, klapy przeciwpożarowe, kurtyny, CCTV, SKD, SSWiN, DSO, oprogramowania, linii światłowodowych, kontroli dostępu;

b) wymianę części zużywających się lub takich, których okresowa wymiana jest wymagana dla zachowania sprawności systemów;

c) działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów, pracami modernizacyjnymi dotyczącymi elementów systemów, a także ze zmianami w konfiguracji lub funkcjonalności elementów systemów.

Zgodnie z § 10 ust. 1 projektu umowy: Na podstawie art. 121 ustawy Pzp Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę, bez udziału podwykonawców, przedmiotu Umowy określonego w § 1 ust. 2 pkt 3 (dowód: projekt umowy – załącznik nr 5 do SWZ).

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty:

1) oferta odwołującego z ceną 309 591 zł brutto

2) oferta Trafo Sp. z o.o. w Warszawie z ceną 367 524 zł brutto

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 5 czerwca 2024 roku)

W pkt. 9 formularza ofertowego odwołujący oświadczył, że zamówienie zrealizuje sam, bez udziału podwykonawców (dowód: formularz ofertowy w ofercie odwołującego).

Do oferty odwołujący dołączył zobowiązanie do udostępnienia zasobów – firmy Panorama-SAP Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 3 czerwca 2024 roku, w którym wskazany podmiot oświadczył:

Oświadczam, że firma Panorama-SAP Sp. z o.o. (...) potwierdza udział w realizacji zamówienia „Prace konserwacyjno-serwisowe oraz usuwanie usterek i awarii systemu sygnalizacji pożaru Notifier, systemu telewizji przemysłowej CCTV- analogowa” (sprawa nr 141/2024) w zakresie obrotu, instalowania, konserwacji, magazynowania i transportu oraz demontażu i utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających źródła promieniotwórcze w budynku w PKiN w Warszawie, poprzez udostępnienie swoich zasobów firmie Septylion Sp. J, z siedzibą w Ożarowie Maz., 05-850, ul Konotopska 4 lok 105.

Oświadczam, że firma Panorama-SAP Sp. z o.o. posiada ważne zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie prac w powyższym zakresie (dowód: zobowiązanie z dnia 3 czerwca 2024 roku w ofercie odwołującego).

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując, co następuje:

Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wzywa ww. Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności między treścią pkt IV.9 Formularza ofertowego a treścią Zobowiązania udostępnienia zasobów z dnia 03.06.2024 r., tj. czy podmiot udostępniający zasoby Panorama-SAP Sp. z o.o., ul. Dzieci Warszawy 5, 02-495 Warszawa, będzie podwykonawcą w zamówieniu, a jeżeli tak, to jaki będzie jego zakres prac.

Uzasadnienie

Z treści pkt IV.9 Formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę wynika, że zamówienie zrealizuje sam. Natomiast w Zobowiązaniu udostępnienia zasobów z dnia 03.06.2024 r. Panorama-SAP Sp. z o.o. oświadczył, że potwierdza udział w realizacji zamówienia „Prace konserwacyjno-serwisowe oraz usuwanie usterek i awarii systemu sygnalizacji pożaru Notifier, systemu telewizji przemysłowej CCTV- analogowa” (sprawa nr 141/2024) w zakresie obrotu, instalowania, konserwacji, magazynowania i transportu oraz demontażu i utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających źródła promieniotwórcze w budynku w PKiN w Warszawie. W tym stanie rzeczy niezbędne jest rozstrzygnięcie zaistniałej wątpliwości (dowód: pismo z dnia 7 czerwca 2024 roku).

Pismem z dnia 11 czerwca 2024 roku odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

W dniu 10.06.2024r. otrzymaliśmy od Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy prawo zamówień publicznych, w którym to wezwaniu Zamawiający żąda „wyjaśnienia dotyczącego rozbieżności między treścią pkt IV.9 Formularza ofertowego a treścią Zobowiązania udostępnienia zasobów z dnia 3 czerwca 2024 r. tj. czy podmiot udostępniający zasoby Panorama-SAP Sp. z o.o., ul. Dzieci Warszawy 5, 02-495 Warszawa, będzie podwykonawcą w zamówieniu, a jeżeli tak, to jaki będzie zakres jego prac. Z treści pkt IV.9 Formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę wynika, że zamówienie zrealizuje sam.”

Na wstępie pragniemy zauważyć, że ewentualne rozbieżności w zakresie podwykonawstwa pozostają bez znaczenia dla treści złożonej oferty. Faktycznie w pkt 9 druku oferty wskazaliśmy, że przedmiotowe zamówienie będziemy wykonywać samodzielnie. We wskazanym punkcie druku oferty nie została wskazana jako podwykonawca firma Panorama-SAP Sp. z o.o., ul. Dzieci Warszawy 5. Jest to ewidentnie omyłka pisarska z naszej strony. Należy mieć jednak na uwadze brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Do kwestii dopuszczalności wprowadzania przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa nawet po terminie składania ofert Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się między innymi w wyroku z dnia 22 września 2022 r. KIO 2340/22, w którym uznała, że „Instytucja podwykonawstwa regulowana jest w art. 462 i nast. ustawy Pzp. I tak, zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W myśl ust. 2, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Ustępy 5, 6 i 7 regulują sytuację, w których wymagane jest wskazanie przez wykonawcę podwykonawcy - innym podwykonawcą. Obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę regulowany jest art. 60 i 121 ust. 1 ustawy Pzp i wymaga dokonania takiego zastrzeżenia przez zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie zastrzegł takiego obowiązku. Z powyższego wynika, że ustawodawca wyraźnie dopuszcza możliwość wykonania części zamówienia przez podwykonawcę, jak również dopuszcza możliwość dokonywania zmian w tym zakresie. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych nie może to stanowić podstawy odrzucenia ani oferty, ani oferty dodatkowej, ponieważ wskazania co do podwykonawstwa w postępowaniu mają jedynie charakter informacyjny, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.” W innym wyroku KIO potwierdza, że „Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Zgodnie z art. 462 ust. 2 p.z.p. zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zatem, nie można wobec wykonawcy, który nie podał wcale lub nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.” (Wyrok KIO 215/22) Podobnie w wyroku z 2.07.2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza podnosiła "Przepisy te nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty. Przeciwnie, ich brzmienie literalne jasno wskazuje, że zamawiający jest uprawniony jedynie do ustalenia w SIWZ obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców, którzy nie udostępniają wykonawcy swych zasobów, jedynie w sytuacji, gdy podwykonawcy ci są znani wykonawcy w dniu przygotowania i składania ofert. Również ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania przez podwykonawcę zgodnie z art. 36a ust. 2 p.z.p., ma charakter informacyjny. Skoro bowiem - jak wynika z art. 36b ust. 1 oraz art. 36a ust. 1a p.z.p. - decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (arg. a maiori ad minus)" (sygn. akt KIO 1082/19). Natomiast w wyroku z 16.09.2019 r. Izba zważyła "Fakt, że Most Sp. z o.o. nie został wskazany w ofercie konsorcjum jako podwykonawca, pozbawiony jest doniosłości prawnej, gdyż obowiązek wskazania podwykonawców oraz powierzonych im zakresu robót ma wyłącznie charakter informacyjny. (sygn. akt KIO 1679/19) W komentarzu do p.z.p. wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych wskazano podobnie: "Brzmienie art. 462 ust. 2 p.z.p. wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie

przesądza o jego informacyjnym charakterze." (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 1236) s.215 Odpowiadając na Państwa pytanie oświadczamy, że zakres czynności jakie będzie wykonywała firma Panorama-SAP Sp. z o.o. jako podwykonawca będzie obejmował wszystkie czynności zlecone lub określone w umowie przez Zamawiającego, które wymagają zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji atomistyki, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, a w szczególności: kontrolę szczelności zamkniętych źródeł promieniowania po zdarzeniu radiacyjnym oraz innym incydencie mogącym mieć wpływ na szczelność źródła (w szczególności po pożarze), demontaż, przechowywanie (magazynowanie), transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających zamknięte źródła promieniowania (dowód: pismo z dnia 11 czerwca 2024 roku).

Pismem z dnia 7 lipca 2024 roku odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie protokołu postępowania 141/2024 wraz z wszystkimi załącznikami (dowód: pismo z dnia 7 lipca 2024 roku).

Pismem z dnia 11 lipca 2024 roku zamawiający poinformował, co następuje:

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą”, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu podstawowego bez negocjacji na zadanie pn.: „Prace konserwacyjno-serwisowe oraz usuwanie usterek i awarii systemu sygnalizacji pożaru Notifire, systemu telewizji przemysłowej CCTV — analogowa”, sprawa Nr 141/2024, Zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie prawne:

Art. 255 pkt 2 Ustawy, tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Uzasadnienie faktyczne:

Wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Oferty odrzucone;

1) S.J. ul. Konotopska 4 lok. 105 05-850 Ożarów Mazowiecki

uzasadnienie prawne:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

Oferta złożone przez Wykonawcę S.J. podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności między treścią pkt IV.9 Formularza ofertowego a treścią Zobowiązania udostępnienia zasobów z dnia 3 czerwca 2024 r., tj. czy podmiot udostępniający zasoby Panorama-SAP sp. z o.o., ul. Dzieci Warszawy 5, 02-495 Warszawa, będzie podwykonawcą w zamówieniu, a jeżeli tak, to jaki będzie zakres jego prac.

Ze złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień treści oferty wynika, że Wykonawca nie posiada zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu (dalej „zezwolenie”), a zakres czynności wymagających przedmiotowego zezwolenia Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania innemu podmiotowi na zasadzie udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego. Ponadto Wykonawca oświadczył, że Panorama-SAP sp. z o.o. będzie podwykonawcą zamówienia. Zakres czynności, jakie będzie wykonywała firma Panorama-SAP sp. z o.o. jako podwykonawca, będzie obejmował wszystkie czynności zlecone lub określone w umowie przez Zamawiającego, które wymagają zezwolenia, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, a w szczególności: kontrolę szczelności zamkniętych źródeł promieniowania po zdarzeniu radiacyjnym oraz innym incydencie mogącym mieć wpływ na szczelność źródła (w szczególności po pożarze), demontaż, przechowywanie (magazynowanie), transport do miejsca utylizacji izotopowych czujek dymu zawierających zamknięte źródła promieniowania.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w § 10 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, zastrzegł osobiste wykonanie przez wykonawcę czynności, tj. „w zakresie usuwania doraźnych usterek i awarii:

a)usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP, wraz powiązanymi funkcjonalnie i programowo, jak np. system zabezpieczenia przed zadymieniem klatek schodowych, system oddymiania klatek schodowych, klapy przeciwpożarowe, kurtyny, CCTV, SKD, SSWiN, DSO, oprogramowania, linii światłowodowych, kontroli dostępu,

b)wymianę części zużywających się lub takich, których okresowa wymiana jest wymagana dla zachowania sprawności systemów,

c)działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów, pracami modernizacyjnymi dotyczącymi elementów systemów, a także ze zmianami w konfiguracji lub funkcjonalności elementów systemów”.

Zakres prac, które Wykonawca planuje zlecić podwykonawcy Panorama-SAP sp. z o.o. powiela się z zakresem czynności, dla których Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie. Tym samym Wykonawca oświadczając, że Panorama-SAP sp. z o.o. będzie realizować czynności określone w S 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy naruszył ograniczenie, o którym mowa w S 10 ust. 1, a tym samym złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

2) Trafo sp. z o.o.

ul. Przemyska 1 IA

02-361 Warszawa

Uzasadnienie prawne:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, i który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Uzasadnienie faktyczne:

Oferta złożone przez Wykonawcę Trafo sp. z o.o. podlegała odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 12 SWZ, Wykonawca złożył: zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu, Wykaz usług, własne oświadczenie oraz dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie usług wymienionych w poz. 1-3.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415; dalej „rozporządzenie”) w celu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może - w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług - żądać następujących podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W ocenie Zamawiającego faktura VAT nr 22/02/2024 wystawiona przez Wykonawcę Trafo sp. z o.o. w dniu 28 lutego 2024 r. z tytułu zrealizowania na rzecz Sądu Okręgowego w Warszawie usługi polegającej na wykonaniu przeglądu systemów bezpieczeństwa: systemu sygnalizacji pożaru (SSP) i dźwiękowego systemu ostrzegawczego (DSO), instalacji oddymiania (poz. 2 Wykazu usług) — nie potwierdza należytego wykonania przez Wykonawcę usługi, gdyż jest dokumentem pochodzącym od Wykonawcy, a nie sporządzonym przez podmiot, na rzecz którego Wykonawca usługę wykonał. Wobec tego Zamawiający pismem z 18 czerwca 2024 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez złożenie referencji lub innych dokumentów potwierdzających, że usługi wymienione w poz. 2 Wykazu usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 27 czerwca 2024 r. uzupełnił podmiotowe środki dowodowe w ten sposób, że złożył protokół przeprowadzenia w dniu 27 czerwca 2024 r. w budynku Sądu Okręgowego w Warszawie konserwacji systemu sygnalizacji, dźwiękowego systemu ostrzegawczego i systemu oddymiania. Z treści protokołu wynikało, że opisane czynności zostały wykonane zgodnie z umową nr SO/OG/72/23 z dnia 5 lipca 2023 r., podczas gdy Wykonawca w poz. 2 Wykazu usług podał umowę z dnia 23 kwietnia 2019 r.

W tym stanie sprawy, w związku z ujawnionymi rozbieżnościami, Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2024 r. wezwał Wykonawcę Trafo sp. z o.o. do uzupełnienia złożonego Wykazu usług w zakresie poz. 2, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.1.3.1 SWZ, tj. wykazania usługi polegającej na serwisowaniu i utrzymywaniu w gotowości SSP przez okres co najmniej 12 miesięcy, w budynku użyteczności publicznej oraz załączenia dowodu określającego, czy ta usługa została wykonana należycie.

Wykonawca pismem z dnia 9 lipca 2024 r. uzupełnił Wykaz usług w ten sposób, że pierwotnie wskazaną umowę z

dnia 23 kwietnia 2019 r. zastąpił umowę z dnia 5 lipca 2023 r.

W opinii Zamawiającego tak uzupełniony Wykaz usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.1.3.1 SWZ. Wykonawca nie wykazał bowiem wykonywania usługi polegającej na serwisowaniu i utrzymaniu w gotowości SSP przez okres co najmniej 12 miesięcy. Usługa wymieniona w poz. 2 Wykazu usług realizowana jest przez Wykonawcę na podstawie umowy z dnia 5 lipca 2023 r., a zatem na dzień składania ofert (5 czerwca 2024 r.) nie upłynął jeszcze okres 12 miesięcy świadczenia przez Wykonawcę usług na rzecz Sądu Okręgowego w Warszawie na podstawie umowy z dnia 5 lipca 2023 r.

Wykonawca wykazał spełnienie wyłącznie trzech usług (zamiast czterech usług) potwierdzających spełnienie wymagań określonych w pkt 12.1.3.1 SWZ. Jednocześnie powtórne wezwanie do uzupełnienia Wykazu usług jest niedopuszczalne, bowiem będzie dotyczyć tego samego zakresu uzupełnienia (zob. np. wyrok KIO 2348/21). Tym samym Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego jego oferta podlegać musi odrzuceniu (dowód: pismo z dnia 11 lipca 2024 roku).

W dniu 12 lipca 2024 roku zamawiający przekazał odwołującemu następującą wiadomość:

Szanowni Państwo, w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający w załączeniu przesyła wnioskowane dokumenty, z pominięciem tych, które zostały w toku postępowania udostępnione na Platformie, nadesłane bezpośrednio przez Wykonawcę lub przesłane przez Zamawiającego bezpośrednio do Wykonawcy.

Załączniki:

PROTOKOŁ POSTĘPOWANIA 141.2024 - stan na 12.07.2024 r..pdf

(...)

Wniosek o wszczęcie postępowania.pdf

(...)

Akt powołania komisji przetargowej.pdf

(...)

Oferta Trafo sp. z o.o..zip

(...)

Protokoły posiedzeń komisji przetargowej.zip

(...)

Korespondencja z wykonawcami.zip

(...)

(dowód: wiadomość z dnia 12 lipca 2024 roku z załącznikami)

W dniu 16 lipca 2024 roku zamawiający przekazał odwołującemu następującą wiadomość:

Szanowni Państwo,

Zamawiający w załączeniu udostępnia oświadczenia Kierownika Zamawiającego i osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz dokumenty weryfikujące podpis złożony na dokumentach przez Wykonawcę Trafo sp. z o.o.

Załączniki:

Oświadczenia Kierownika Zamawiającego i osób wykonujących czynności w postępowaniu.zip

(...)

Weryfikacja podpisu Trafo sp. z o.o.zip

(...)

(dowód: wiadomość z dnia 16 lipca 2024 roku z załącznikami)

**Izba zważyła, co następuje:**

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzekazanie na wniosek odwołującego wszystkich załączników do protokołu podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Do okoliczności objętych dyspozycją wskazanego przepisu należy sytuacja, w której zamawiający dokonał czynności objętych zarzutami odwołania. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający przekazał odwołującemu żądane przez niego dokumenty w dniu 16 lipca 2024 roku. W tej sytuacji stwierdzić należy, że spór stał się bezprzedmiotowy, jako że podstawa faktyczna zarzutu przestała istnieć.

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania, gdyż oferta odwołującego w dalszym ciągu będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p., bowiem odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu

określonego w pkt 12.1.1. SWZ. Odwołujący nie posiada wymaganego w pkt 12.1.1. SWZ zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu. W konsekwencji odwołujący będzie podlegał odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że do dnia rozpoznania odwołania oferta odwołującego była odrzucona jedynie ze względu na okoliczności, które zostały przez zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 11 lipca 2024 roku. Okoliczności wskazywane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie pozostają zatem poza zakresem rozpoznania Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Izba nie jest uprawniona do oceny ewentualnych przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, w której zamawiający takiej czynności nie dokonał.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jest ona zgodna z warunkami zamówienia.

Podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego była okoliczność, że odwołujący wskazał, że podmiot trzeci, na którego zasobach miał zamiar polegać przy realizacji przedmiotu zamówienia, wykona jako podwykonawca między innymi czynności zleczone lub określone w umowie przez zamawiającego, które wymagają zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, o którym mowa w punkcie 12.1.1 SWZ, tj. obrót izotopowymi czujkami dymu oraz instalowanie, konserwację, magazynowanie i transport izotopowych czujek dymu, a także demontaż izotopowych czujek dymu.

Zamawiający stwierdził, że czynności te – stosownie do § 10 ust. 1 projektu umowy – zostały zastrzeżone przez zamawiającego jako te, które wykonawca ma wykonać osobiście, bez udziału podwykonawców.

Czynności, co do których zamawiający wymagał osobistego wykonania, wskazane zostały w § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy i obejmowały:

*W zakresie usuwania doraźnych usterek i awarii:*

*a)usuwanie awarii urządzeń wchodzących w skład systemów SSP, wraz powiązanymi funkcjonalnie i programowo, jak np. system zabezpieczenia przed zadymieniem klatek schodowych, system oddymiania klatek schodowych, klapy przeciwpożarowe, kurtyny, CCTV, SKD, SSWiN, DSO, oprogramowania, linii światłowodowych, kontroli dostępu;*

*b)wymianę części zużywających się lub takich, których okresowa wymiana jest wymagana dla zachowania sprawności systemów;*

*c)działania związane z naprawą lub wymianą i konfiguracją elementów systemów, pracami modernizacyjnymi dotyczącymi elementów systemów, a także ze zmianami w konfiguracji lub funkcjonalności elementów systemów.*

Bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność, iż izotopowe czujki dymu są elementem systemu SSP.

Czujki dymu są urządzeniami, które monitorują pomieszczenie pod kątem obecności dymu. Są to urządzenia zużywające się, co oznacza, że w przypadku ich zużycia konieczna będzie ich wymiana, co z kolei wiąże się z ich demontażem, a następnie instalacją. W ocenie Izby są to czynności wskazane w § 1 ust. 2 pkt 3 lit. b i c projektu umowy.

Podkreślenia wymaga, że dla oceny, czy wskazane przez odwołującego czynności, które ma wykazać podmiot trzeci, wchodzi w zakres zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, bez znaczenia pozostaje okoliczność, że „demontaż i instalacja czujek dymu” nie zostały *expressis verbis* w treści § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy. Należy założyć, że system składa się z różnego rodzaju elementów i urządzeń i wymiana bądź naprawa każdego z nich wchodzi w zakres czynności określonych w treści wskazanego paragrafu. Literalne wymienienie wszystkich elementów systemu, które mogą podlegać naprawie lub wymianie byłoby nielogiczne i nieracjonalne, a przy tym – zbędne. Należy założyć, że o przedmiotowe zamówienie ubiegają się podmioty profesjonalne, a jednocześnie doświadczone, które znają zarówno specyfikę, jak i strukturę systemów objętych przedmiotem zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że fakt, iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi czynności związane z demontażem i instalacją czujek dymu, nie był pomiędzy stronami sporny. Skoro zatem – jak podnosił odwołujący – czynności te nie wchodziły w zakres wskazany w § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy, to winny były zostać ujęte w pozostałych punktach ustępu 2. Ciężar wykazania tej okoliczności spoczywał na odwołującym jako tym, który z faktu tego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p.). Odwołujący nie wskazał, w którym miejscu opisu przedmiotu zamówienia zawartego w § 1 ust. 2 projektu umowy – w jego przekonaniu – znajdują się czynności związane z demontażem i instalacją czujek dymu. Również z analizy dokonanej przez Izbę nie wynika, by te czynności zawarte były w innym miejscu opisu przedmiotu zamówienia niż § 1 ust. 2 pkt 3 projektu umowy.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym odwołujący wskazał czynności związane z demontażem i instalacją czujek dymu jako te, które zostaną wykonane przez podwykonawcę, w sytuacji, w której zamawiający zastrzegł te czynności do osobistego wykonania przez wykonawcę. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego należało uznać za nieuzasadniony.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, który narusza równe traktowanie poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i bezpodstawne unieważnienie postępowania
- art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, kiedy oferta odwołującego jest ofertą ważną, a – co za tym idzie – nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o powyższą przesłankę.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w postępowaniu złożono dwie oferty i obie zostały przez zamawiającego odrzucone. Izba uznała czynność odrzucenia oferty odwołującego za zgodną z przepisami ustawy P.z.p. Strony nie wykazały, by drugi wykonawca – Trafo Sp. z o.o. – wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty. Tym samym Izba uznała za prawidłową czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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:.....