

WYROK
z dnia 17 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 listopada 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TAKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-329 Bolesław, ul. Wyzwolenia 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizja Polska Spółka Akcyjna Biuro Współpracy Międzynarodowej i Handlu, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** protestu z dnia **23 sierpnia 2009 r.**

przy udziale **GM Logistic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 04-796 Warszawa, ul. Heliotropów 45/53** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Telewizji Polskiej Spółce Akcyjnej Biuro Współpracy Międzynarodowej i Handlu, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy GM Logistic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 04-796 Warszawa, ul. Heliotropów 45/53 do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów

potwierdzających wykonanie co najmniej 3 usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD oraz ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

2. Kosztami postępowania obciąża Telewizję Polską Spółkę Akcyjną Biuro Współpracy Międzynarodowej i Handlu, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TAKT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-329 Bolesław, ul. Wyzwolenia 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Telewizję Polską Spółkę Akcyjną Biuro Współpracy Międzynarodowej i Handlu, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17** na rzecz **TAKT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-329 Bolesław, ul. Wyzwolenia 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TAKT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 32-329 Bolesław, ul. Wyzwolenia 2**

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. Biuro Współpracy Międzynarodowej i Handlu, 00-999 Warszawa, ul. J.P. Woronicza 17 - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 sierpnia 2009 roku wykonawca TAKT Sp. z o.o., 32-329 Bolesław, ul. Wyzwolenia 2, wniósł protest na czynności zamawiającego zarzucając mu naruszenie::

- 1) art.7 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy -Prawo zamówień publicznych
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy -Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 474 k.c.
- 4) art. 24 ust. 1 pkt. 10) ustawy -Prawo zamówień publicznych
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy --Prawo zamówień publicznych
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy -Prawo zamówień publicznych
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy -Prawo zamówień publicznych

i wniósł o wykluczenie wykonawcy GM Logistic Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucenie oferty wykonawcy GM Logistic Sp. z o.o., wykluczenie wykonawcy BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk oraz odrzucenie oferty wykonawcy BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk, a następnie dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący stwierdził, iż wybór jako najkorzystniejszej oferty GM Logistic narusza określoną w art. 7 ust. 1 zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z oświadczeniem GM Logistic Sp. z o.o. całość zamówienia w zakresie tłoczenia i dotłoczenia płyt DVD, VCD i CD ma być powierzona upadłemu Markowi Grela. Oznacza to, że upadły przedsiębiorca, który sam z mocy prawa nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego ma wykonać zasadniczą część zamówienia (I wartości ponad 2/3 całej oferty, złożonej przez GM Logistic Sp. z o.o. Pozostała część (niecała 1/3 wartości oferty) ma zostać wykonana przez GM Logistic Sp. z o.o. Jednocześnie według formularza cenowego 1 część e) (usługa konfekcjonowania i foliowania płyt DVD) wykonawca GM Logistic Sp. z o.o. twierdzi, iż konfekcjonowanie i foliowanie płyty DVD wyraża się kosztem 0,01 PLN brutto. Tolerowanie przez zamawiającego faktycznego uczestnictwa upadłego przedsiębiorcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz tolerowanie stosowania przez GM Logistic Sp. z o.o. praktyk dumpingowych zakazanych przez prawo

przesądza o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, a zatem stanowi to o naruszeniu art. 7 ust. 1 PZP.

Ponadto to podwykonawca Marek Grela, a nie GM Logistic jest stroną umów licencyjnych. Tolerowanie przez zamawiającego sytuacji, w której jest on narażony na skuteczną *erga omnes* z tytułu naruszenia praw patentowych na skutek nie uiszczenia opłat licencyjnych przez upadły podmiot, co znacząco wpływa na możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę GM Logistic Sp. z o.o. narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający toleruje bowiem stan, w którym wykonawca z najniższą ofertą nie posiada stosownych licencji, zaś jego podwykonawca, który takie licencje posiada bezprawnie nie uiszcza opłat licencyjnych na kwoty przekraczające 7,5 miliona złotych i znajdując się w upadłości nie będzie w stanie uiścić opłat licencyjnych od nośników wytworzonych w ramach niniejszego zamówienia. Mamy tu do czynienia nie tylko z brakiem jakiegokolwiek gwarancji dla interesu zamawiającego, ale również z bardzo istotnym "udogodnieniem" dla GM Logistic i upadłego Marka Greli, którzy mogą uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne dzięki działaniu niezgodnemu z prawem. "Udogodnienie" to, polegające na braku konieczności uwzględnienia opłat licencyjnych w cenie ofertowej (z powodu ich bezprawnego nieuiszczania) stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji, fundamentu rzetelnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto w ocenie protestującego wykonawca, który zgłosił jako podwykonawcę podmiot znajdujący się w upadłości powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, że analiza załączonych do oferty dokumentów prowadzi również do wniosku, że oferta GM Logistic Sp. z o.o. nie spełniła wymagań SIWZ odnośnie do określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 doświadczenia i wiedzy niezbędnych do należytego

wykonania zamówienia publicznego. Zwrócił uwagę, że SIWZ wymaga w pkt 7 wykazania, iż wykonawcy "w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...) zrealizowali bądź realizują z należytą starannością co najmniej 3 usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD". Złożony przez GM Logistic Sp. z o.o. wykaz wykonanych usług stwierdza tymczasem, iż wykonawca ten wykonał:

-w dniu 27 stycznia 2009 r. usługę tłoczenia oraz konfekcjonowania i foliowania płyt CD na rzecz City Interactive (fragment usługi produkcji DVD Sox) oraz
-w dniach 16 listopada 2007 r., 03 października 2008 r. i 18 marca 2009 r. usługi tłoczenia płyt DVD.

Oznacza to, że wykonawca GM Logistic Sp. z o.o. nie wykonał trzech usług odpowiadających rodzajowo przedmiotowi niniejszego zamówienia, albowiem:

-
- 1) nie wykonał jakiegokolwiek usługi tłoczenia płyt VCD;
 - 2) wykonał jedną usługę tłoczenia i konfekcjonowania płyt CD (na rzecz City Interactive jako podwykonawca);
 - 3) wykonał jedną usługę foliowania płyt CD (na rzecz City Interactive jako podwykonawca);
 - 4) wykonał jedną usługę tłoczenia płyt DVD 9 i DVD 5 (na rzecz TIM);
 - 5) wykonał dwie usługi dotłoczenia płyt DVD g i jedną DVD 5 (na rzecz TIM).

W związku z faktem, iż wykonawca GM Logistic Sp. z o.o. nie wykonał trzech usług rodzajowo odpowiadających przedmiotowi niniejszego zamówienia, a jedynie niektóre (nie wszystkie) rodzajowe elementy takich zamówień oraz ilość wykonanych usług każdorazowo nie osiągnęła (nawet we fragmentach) trzech usług wymaganych przez pkt 7 S/WZ, nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca GM Logistic Sp. z o.o. nie dysponuje niezbędną wiedzą; doświadczeniem, wymaganym przez art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, zaś złożona przez niego oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu.

Zamawiający zaniechał również dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk, która to oferta podlega odrzuceniu jako że jest ona niezgodna z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zmodyfikowanego wzoru umowy, gdzie w postanowieniu § 4 pkt 2 umowy zawarte jest następujące oświadczenie: "Wykonawca oświadcza, że posiada licencje lub inne prawa patentowe uprawniające do świadczenia usługi stanowiącej przedmiot niniejszej umowy". Tymczasem wykonawca BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk nie posiada uprawnień z licencji udzielanych przez MPEG.LA.LLC oraz Sony Corporation.

Pismem z dnia 3 września 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że w orzecznictwie panuje pogląd, że zamawiający oceniając ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny, winien uwzględnić całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne pozycje lub ceny jednostkowe. Tym samym zarzut protestującego odnośnie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez GM Logistic Sp. z o.o. jest niezasadny.

W ocenie zamawiającego protestujący błędnie zinterpretował przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który wprost mówi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku, do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego. W świetle powyższego jasnym jest, że ustawa Pzp nie wyklucza udziału w postępowaniu wykonawcy, który będzie realizował zamówienie z

udziałem podwykonawcy, nawet podwykonawcy wobec którego ogłoszono upadłość. Przepis ten wprost określa, że istotny jest nie status podwykonawcy, a wykonawcy, ponieważ to wyłącznie on pozostaje stroną umowy zawieranej z zamawiającym, a jednocześnie jedynie wykonawca jest stroną umowy z podwykonawcą. Dodatkowo należy mieć na względzie, iż zgodnie z art. 474 Kodeksu cywilnego wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy jak za swoje własne, a więc to wykonawca jest gwarantem prawidłowego wykonania zamówienia i to on ponosi pełną odpowiedzialność prawną wobec zamawiającego.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy odczytywać literalnie i bezspornym jest,

że odnosi się on do wykonawcy, a nie podwykonawcy. Ponadto kwestię podwykonawstwa reguluje przepis art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, który wprost określa, iż możliwe jest powierzenie podwykonawcom wykonania części, a nawet całości zamówienia, pod warunkiem, że zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie zastrzegł w SIWZ takiej możliwości, a czego zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił. Powierzenie wykonania części, a nawet całości wykonania zamówienia jest więc praktyką dopuszczalną przepisami ustawy Pzp i nie można na tej podstawie wywodzić, iż praktyka taka prowadzi do rzekomego obejścia przepisów ustawy.

Należy również obalić argument protestującego o tym, iż podmiotowi upadłemu "powierzono" uiszczenie opłat licencyjnych. Do posiadania licencji i uiszczania opłat licencyjnych zobowiązany jest podmiot, który dokonuje faktycznego tłoczenia nośników optycznych wykorzystując w tym celu opatentowaną technologię. W tym wypadku podmiotem tym jest podwykonawca wskazany przez GM Logistic Sp. z o.o., czyli GM Records Marek Grela (w upadłości układowej). W związku z tym, że to podwykonawcy powierzono faktyczną czynność tłoczenia nośników optycznych, to właśnie on zobowiązany jest do uiszczania stosownych opłat licencyjnych oraz posiadania stosownych licencji. Dlatego też nie może być mowy o "powierzeniu" uiszczenia opłat, ponieważ konieczność ich uiszczania ciąży w tym przypadku na podwykonawcy jako podmiocie faktycznie korzystającym z opatentowanej technologii.

Ponadto w przystąpieniu do protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r. firma GM Logistic Sp. z o.o. odnosząc się do zarzutu protestującego dotyczącego zagrożenia terminowości uiszczania opłat licencyjnych oraz rzekomego zadłużenia GM Records Marek Grela wobec licencjodawców, oświadczyła, że "w chwili obecnej wszelkie opłaty licencyjne są przez GM Records uiszczane terminowo i GM Records pozostaje nadal stroną wszystkich umów licencyjnych. Śadna z tych umów nie została rozwiązana na skutek jakichkolwiek zaległości", a jako dowód potwierdzający prawdziwość powyższego oświadczenia, przystępujący wskazał wykazy podmiotów posiadających licencje zamieszczane na stronach internetowych odpowiednich licencjodawców.

Co do analogicznego zarzutu w stosunku do wykonawcy BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk. Protestujący jednak nie przedłożył żadnych dokumentów, czy wiarygodnych dowodów na poparcie swoich zarzutów, twierdząc dodatkowo, iż "Zamawiający jest w posiadaniu wykazu podmiotów uprawnionych z licencji MPEG.LA.LLC i Sony Corp" co nie jest zgodne z prawdą. Ponadto firma BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk w przystąpieniu do protestu wniesionego w dniu 28 sierpnia 2009 r. ponownie oświadczyła, iż posiada niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia umowy licencyjne, jednocześnie informując, że treści tych umów nie zostały udostępnione osobom trzecim, a fakt ich zawarcia nie został w żaden sposób upubliczniony. Dlatego też brak jest obiektywnych przesłanek potwierdzających zarzut protestującego, a tym samym zamawiający w żaden sposób nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jak twierdzi protestujący.

Zamawiający podkreślił, że posiadanie uprawnień z licencji nie jest wymogiem ustawowym w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe wynika z faktu, iż działalność polegająca na tłoczeniu nośników optycznych (DVD, VCD, CD), ich konfekcjonowaniu i foliowaniu nie jest działalnością w żaden sposób reglamentowaną przez państwo, a podlega regułom swobody działalności gospodarczej, co oznacza, że może ją podejmować i wykonywać każdy. Z tego powodu, a zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zamawiający nie mógł i nie żądał w przedmiotowym postępowaniu przedłożenia jakichkolwiek licencji.

Protestujący podniósł także, że firma GM Logistic Sp. z o.o. nie spełnia wymagań z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nie wykonała trzech usług odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia w niniejszym postępowaniu, gdyż "nie wykonał jakiejkolwiek usługi tłoczenia płyt VCD, wykonał jedną usługę tłoczenia i konfekcjonowania płyt CD (na rzecz City Interactive jako podwykonawca), wykonał jedną usługę foliowania płyt CD (na rzecz City Interactive jako podwykonawca), wykonał jedną usługę tłoczenia płyt DVD g i DVD 5 (na rzecz TIM), wykonał dwie usługi dotłoczenia płyt DVD g i jedną DVD 5 (na rzecz TIM)

Zarzut ten jest w ocenie zamawiającego nieprawdziwy, gdyż przyjmując argumentację protestującego dochodzi się do nielogicznych wniosków, że wykonawca zobowiązany był do legitymowania się w niniejszym postępowaniu wykonaniem co najmniej

trzech usług z każdego rodzaju usług odrębnie dla wszystkich rodzajów nośników optycznych, będących przedmiotem zamówienia. Oznaczałoby to zatem konieczność wykonania usług tłoczenia wszystkich rodzajów nośników optycznych, odrębne ich wszystkich dotłoczenie, odrębne konfekcjonowanie dla wszystkich rodzajów nośników oraz odrębne ich foliowanie. Oznacza to, więc konieczność wykonania 12 różnych rodzajowo usług (4 usługi dla każdego z 3 rodzajów nośników optycznych), a dodatkowo przy

uwzględnieniu faktycznego wymogu postawionego przez zamawiającego wykonania trzech usług, argumentacja protestującego prowadzi do błędnej konkluzji, iż każdy z wykonawców winien *de facto* legitymować się wykonaniem aż 36 usług, co oczywiście nie znajduje faktycznego odzwierciedlenia w wymogu postawionym przez zamawiającego w pkt 7 SIWZ.

Od rozstrzygnięcia protestu protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście za wyjątkiem zarzutu zastosowania przez przystępującego ceny dumpingowej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca GM Logistic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 04-796 Warszawa, ul. Heliotropów 45/53.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela tu argumentacji przystępującego, jakoby odwołujący się nie legitymował się posiadaniem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu. W ocenie przystępującego interes prawny odwołującego się materializuje się wyłącznie w wypadku uznania przez Izbę, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, tj. uznania, że zarówno przystępujący jak i wykonawca BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk (sklasyfikowany na drugim miejscu) podlegają wykluczeniu z postępowania, a w rezultacie obydwie oferty konkurencyjne wobec odwołującego się podlegają odrzuceniu.

W ocenie Izby wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Stosownie do wzmiankowanego przepisu Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi

przepisami, które Państwa Członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. Artykuł 1 ust. 3 dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego również na nieprawidłowym wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty (vide: Aleksandra Sołtysińska *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Zakamycze* 2006 str. 774).

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy określa minimalny krąg osób uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, natomiast poszczególne państwa członkowskie mogą przyznać takie prawo również innym podmiotom, ale w żadnym razie nie mogą zawęzić kręgu podmiotom uprawnionym.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił warunek, iż wykonawcy, którzy będą ubiegali się o zamówienie „w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...) zrealizowali bądź realizują z należytą starannością co najmniej 3 usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD.”

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej

konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w sposób, który wymagał od wykonawców wykazania się co najmniej trzema usługami tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD. Nie oznacza to, że wykonawca, by spełnić sporny warunek, winien wykazać się wykonaniem trzech usług obejmujących co najmniej jeden ze wskazanych rodzajów usług. Przeczy temu przyjęta przez zamawiającego konstrukcja warunku, gdzie zamawiający wyliczył poszczególne rodzaje usług oddzielając je od siebie przecinkami oraz używając spójnika „i” pomiędzy przedostatnim a ostatnim członem sformułowania.

Tym samym stwierdzić należy, iż tak sformułowany warunek oznacza, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinien wykonać co najmniej 3 usługi obejmujące tłoczenie, dotłoczenie, konfekcjonowanie i foliowanie płyt DVD, VCD i CD. Wymaganie to odpowiada wykonaniu przez wykonawcę trzech standardowych kontraktów na każdy z rodzajów nośników.

O ile zamiarem zamawiającego było ustalenie bardziej liberalnego warunku uczestnictwa w postępowaniu, winien warunek ten sformułować w sposób precyzyjny, nie dający możliwości innej jego interpretacji. Śaden z wykonawców nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku upadłego.

Wykładnia gramatyczna przepisu pozwala na wniosek, iż otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości dotyczy wyłącznie wykonawcy, nie zaś podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia. Brak jest bowiem podstaw prawnych do interpretacji rozszerzającej dyspozycję wskazanego artykułu również na inne podmioty, nie wskazane w tym przepisie. Stroną umowy o wykonanie zamówienia publicznego jest wykonawca i to on ponosi odpowiedzialność wobec zamawiającego za należyte wykonanie przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców nie posiadających odpowiednich licencji uprawniających ich do wykonania przedmiotu zamówienia Izba uznała podniesiony zarzut za niezasadny. Brak stosownych uprawnień dotyczy w ocenie odwołującego się przystępującego oraz wykonawcy BAK Audio Video Multimedia Ryszard Bąk.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykonawca oświadcza, że posiada licencje lub inne prawa patentowe uprawniające do świadczenia usługi stanowiącej przedmiot niniejszej umowy”. W ocenie odwołującego się sformułowanie „posiada” oznacza, że to wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być stroną umowy licencyjnej lub innej umowy, z której wynikają prawa patentowe uprawniające do świadczenia przedmiotu umowy.

Izba podziela stanowisko odwołującego się. Złożenie oświadczenia o treści „wykonawca oświadcza, iż posiada licencje lub inne prawa patentowe (...)” należy rozumieć w ten sposób, iż prawa te przysługują bezpośrednio osobie składającej takie oświadczenie, czyli osobie, która zawarła umowę o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Możliwość powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom jest w Prawie zamówień publicznych zasadą i wynika z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby również dopuszczalna jest sytuacja, w której to nie wykonawca a podwykonawca legitymuje się stosownymi licencjami lub innymi podobnymi prawami. Zamawiający jednakże sformułował treść cytowanego postanowienia umownego w sposób wskazujący na wymóg posiadania takich uprawnień przez wykonawcę zamówienia.

Niemniej jednak Izba nie uwzględniła podniesionego zarzutu. Warunki udziału w postępowaniu zostały bowiem przez zamawiającego zawarte w pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy:

- wykazą, iż w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali bądź zrealizują z należytą starannością co najmniej 3 usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. tłoczenia, dotłoczenia, konfekcjonowania i foliowania płyt DVD, VCD i CD o wysokości nakładu co najmniej 5.000 sztuk każdy,
- posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie minimum 90.000 zł.

Poza tym w pkt 9 i 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, jakie dokumenty winna zawierać oferta.

W żadnym ze wskazanych punktów specyfikacji nie ma obowiązku wykazywania posiadania stosownych licencji i uprawnień. W ocenie Izby obowiązku takiego nie kreuje

również treść oświadczenia stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który winni załączyć wykonawcy do składanych ofert, a zgodnie z którym wykonawca oświadcza między innymi, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jak już wyżej wskazano okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Wymóg złożenia przez wykonawcę oświadczenia o posiadaniu uprawnień lub praw patentowych zaistnieje w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne, gdyż dopiero w treści umowy znajdzie się oświadczenie o takiej treści. Tym samym nie można przyjąć, iż w tej sytuacji zaszcza przesłanka, o której stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Dopiero złożenie oświadczenia może spowodować jego niezgodność z rzeczywistym stanem rzeczy. W tej sytuacji zarzut złożenia nieprawdziwych informacji należy uznać za przedwczesny.

Powyższe rozważania konsumują wszystkie wskazane w odwołaniu zarzuty.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji wyroku stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7

ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 i ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami). Izba nie przyznała odwołującemu się kosztów wynagrodzenia pełnomocnika pomimo zgłoszenia takiego wniosku, gdyż odwołujący nie przedłożył do akt sprawy rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, do czego obowiązany był na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....