

WYROK

z dnia 7 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant:

Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Szczecińską Energetykę Ciepłą Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,

przy udziale wykonawcy AIUT Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 751/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania wykonawcy AIUT Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień z powodu uwzględnienia zarzutu odwołania w tej części.

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę VECTOR SMART DATA

Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy VECTOR SMART DATA Sp. z o.o.

z siedzibą w Gdyni na rzecz Zamawiającego - Szczecińskiej Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 4 814,04 gr (słownie: cztery tysiące osiemset

czternaście złotych cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 751/18

Zamawiający - Szczecińska Energetyka Ciepła Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie

przetargu nieograniczonego na wdrożenie systemu zdalnego odczytu ciepłomierzy i monitoringu węzłów ciepłowniczych drogą GSM w lewobrzeżnej części Szczecina oraz systemu nadzoru dla sieci ciepłowniczych wykonanych w technologii rur preizolowanych na sieci ciepłowniczej Szczecina (znak postępowania: T/1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 228-475909.

W dniu 20 kwietnia 2018 r. wykonawca VECTOR SMART DATA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni [dalej „Odwołujący” lub „VECTOR”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AIUT Sp. z o.o.,

jako niespełniającej pkt 7.2 (2) SIWZ w zakresie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej tj. niezbędnej wiedzy i doświadczenia - punkt 7.2 (2) 2.1) SIWZ oraz potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia -

punkt 7.2 (2) 2.2) SIWZ,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AIUT

Sp. z o.o., pomimo że nie wykazał się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 7.2 (2) SIWZ,

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę AIUT Sp. z o.o. w przedmiocie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wskazanym w zarzutach pkt 1 i 2 powyżej,

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, poprzez zaniechanie przeprowadzenia należytego badania i oceny oferty wykonawcy AIUT Sp. z o.o. i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty

AIUT Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,

4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty AIUT Sp. z o.o.,

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

poniesionych z tytułu opłaty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący przywołał brzmienie punktu 7.2.2. SIWZ dotyczącego posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub

zawodowej tj. niezbędnej wiedzy i doświadczenia - punkt 7.2.2.1) SIWZ oraz potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia - punkt 7.2.2.2) SIWZ. Odwołujący wskazał, że AIUT Sp. z o.o. zarówno w JEDZ złożonym wraz z ofertą, jak i w Wykazie osób złożonym na wezwanie Zamawiającego, podał osobę Pana P. P., który zgodnie z treścią tych dokumentów posiada 7-miesięczne doświadczenie w wykonywaniu prac (montażu) w branży elektrycznej. Skoro AIUT Sp. z o.o. w dwóch dokumentach: JEDZ oraz w Wykazie osób, podał tą samą osobę oraz taki sam okres doświadczenia, to oznacza, że nie mogła to być pomyłka. W ocenie Odwołującego powyższe oznaczało, że Pan P. P. nie posiada wymaganego doświadczenia. W związku z tym, AIUT Sp. z o.o. nie wykazał, że dysponuje pięcioma osobami z 3-letnim doświadczeniem w wykonywaniu prac (montażu) w branży elektrycznej. Ponadto Odwołujący podniósł, że w wezwaniu do uzupełnienia oferty z dnia 5 kwietnia 2018 r., Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oferty AIUT Sp. z o.o. w tym zakresie. Nadto Odwołujący podniósł, iż AIUT Sp. z o.o. nie udowodnił, że wskazane w Wykazie osób osoby uczestniczące w realizacji zamówienia mają udokumentowane doświadczenie licząc od dnia uzyskania uprawnień. Zdaniem Odwołującego, AIUT Sp. z o.o. powinien był podać co najmniej informację o dacie uzyskania przez te osoby wymaganych uprawnień. Co więcej, AIUT Sp. z o.o. nie podał w Wykazie osób, ani w udzielonych wyjaśnieniach, nazwy/odbiorców projektów, w których uczestniczył. Skoro Zamawiający wymagał udokumentowanego doświadczenia w prowadzeniu co najmniej dwóch projektów, to AIUT Sp. z o.o. w złożonych dokumentach powinien był potwierdzić swój udział w co najmniej dwóch projektach w taki sposób, aby Zamawiający mógł to zweryfikować tj. podając odbiorcę oraz nazwę tego projektu.

Z kolei w zakresie spełniania warunku dotyczącego niezbędnej wiedzy i doświadczenia Odwołujący wskazał, że jak wynika z korespondencji Zamawiającego z AIUT Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków doświadczenia AIUT Sp. z o.o. złożył wykaz dostaw wraz z dokumentami wystawionymi przez Odbiorców dostaw, jednak w ocenie Odwołującego, dokumenty te nie potwierdzały należytego wykonania wskazanych umów. Odwołujący uzasadniał, iż składane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w odniesieniu do dostaw stanowić mają dokument potwierdzający, że wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Referencje to dokument abstrakcyjny, niezwiązany z żadnym konkretnym

postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania lub wykonywania dostaw. Odwołujący wskazał, że takie stanowisko było wielokrotnie podnoszone przez Izbę, przywołując na jego potwierdzenie fragment wyroku KIO z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2595/13. Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie AIUT Sp. z o.o. nie potwierdził należytego wykonania dostaw podanych w Wykazie dostaw, natomiast Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Dalej Odwołujący przywołał treść art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 82

ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślał, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na

materiałnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

W opinii Odwołującego treść oferty AIUT Sp. z o.o. nie spełniała wymagań wskazanych w SIWZ tj. pkt 7.2 (2) SIWZ w zakresie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej tj. niezbędnej wiedzy i doświadczenia - punkt 7.2 (2) 2.1) SIWZ oraz potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia - punkt 7.2 (2) 2.2) SIWZ. Na potwierdzenie prezentowanej argumentacji Odwołujący przywołał również fragment wyroku KIO z dnia 1 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1720/17 dotyczącego problematyki niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż mając na względzie uzasadnienie wcześniejszego zarzutu oraz w świetle niewykazania przez AIUT Sp. z o.o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 7.2 (2) SIWZ w zakresie posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej tj. niezbędnej wiedzy i doświadczenia - punkt 7.2 (2) 2.1) SIWZ oraz potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia - punkt 7.2 (2) 2.2) SIWZ, Zamawiający obowiązany był wykluczyć ww. wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Na potwierdzenie ww. zarzutu Odwołujący przywołał tożsame okoliczności faktyczne jak w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podał, że ww. przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący (zob. wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1056/17). Wobec tego, skoro jeden z wykonawców - konsorcjum składające się ze spółek: Orange Polska S.A. oraz Control Sp. z o.o. - działając na mocy art. 181 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił uwagę Zamawiającemu, że wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 21 marca 2018 r. został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, Zamawiający powinien był na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać AIUT Sp. z o.o. do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawcy - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do złożenia, uzupełnienia, poprawienia oświadczeń lub dokumentów oraz udzielenia wyjaśnień jedynie w sytuacji, gdy mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Rozwiązanie takie podyktowane jest ekonomiką postępowania. Uzupełnienie dokumentów byłoby bowiem niecelowe w sytuacji, kiedy oferta wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Skoro zatem, Zamawiający nie uznał, że nie istnieją przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy lub do unieważnienia postępowania, obowiązany był wezwać AIUT Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w przedmiocie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego, spowodowało naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wskutek działań i zaniechań wskazanych szczegółowo powyżej, Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych dla zamówień publicznych zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy AIUT Sp. z o.o. pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu, a co najmniej Zamawiający powinien był przeprowadzić szczegółową jej weryfikację w zakresie prawidłowości przedkładanych Zamawiającemu dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymienionych w pkt 7.2 (2) SIWZ.

Podkreślał, że Zamawiający jako gospodarz postępowania i podmiot wydatkujący środki publiczne zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp i nie powinien dokonywać wyboru oferty, względem której zachodzą oczywiste wątpliwości czy wykonawca ją składający spełnia, określone przez zamawiającego w SIWZ, warunki udziału w postępowaniu, a w omawianym przypadku, warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, bez wnikliwego przeprowadzenia odpowiedniego postępowania wyjaśniającego, którego w tym wypadku Zamawiający całkowicie zaniechał.

W dniu 30 kwietnia 2018 r. Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut wskazany w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w zakresie niewykazania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę AIUT Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w związku z powyższym dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy AIUT Sp. z o.o. oraz wskazał, że przystąpi do powtórzenia czynności oceny oferty tego wykonawcy. Nadto Zamawiający podał, że o wykluczeniu ww. wykonawcy oraz odrzuceniu oferty albo uznaniu oferty za spełniającą warunki udziału w postępowaniu zadecyduje analiza dokumentów złożonych przez AIUT Sp. z o.o. w toku powtórzonych czynności.

Jednocześnie pismem z dnia 4 maja 2018 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego, a dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na bezzasadność zarzutów.

Zamawiający wskazał, że w związku z uwzględnieniem części odwołania, unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpieniem do

powtórznego badania oferty, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stał się bezprzedmiotowy. Na moment obecny nie nastąpił wybór oferty najkorzystniejszej, wobec czego brak jest podstaw do stwierdzenia, czy Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić w tej mierze należy, iż Przystępujący nie był jeszcze wzywany do uzupełnień oraz wyjaśnień w zakresie wskazanym w treści niniejszego pisma, w związku z czym nie została naruszona zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia. O wykazaniu bądź braku wykazania warunków udziału w postępowaniu zadecyduje treść złożonych przez Przystępującego dokumentów w toku czynności powtórzonych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że ww. zarzut jest całkowicie bezpodstawny, gdyż Odwołujący nie wykazywał w żadnej mierze niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ, a jedynie niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 7.2 SIWZ. Dalej Zamawiający przywołał fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące problematyki niezgodności oferty z treścią SIWZ (wyrok z dnia 22 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 18/18, wyrok z dnia 8 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2475/17).

Wskazał, że gdyby nawet przyjąć, iż taka sprzeczność zachodzi w odniesieniu do sytuacji, w której wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, to „wykonawca ma możliwość jednokrotnego uzupełnienia określonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2018 r. sygn. akt: 2706/17).

Reasumując Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, na czym miałyby polegać sprzeczności złożonej oferty z treścią SIWZ, zaś w ocenie Zamawiającego sprzeczność taka w ogóle nie występuje. W samym zaś zakresie niespełnienia warunku w postępowaniu, w związku z uwzględnieniem odwołania w części, to zarzuty te stały się na moment obecny bezprzedmiotowe.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że rzeczywistą podstawą do wniesienia odwołania w niniejszym stanie faktycznym było naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, jako iż pozostawał w ścisłym związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może ostać się jako samodzielna przesłanka do uwzględnienia odwołania. Zamawiający dokonał bowiem czynności sanujących błąd polegający na nienależytym zweryfikowaniu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp ma zbyt ogólny charakter (wyrok KIO z dnia 21 września 2012 r., sygn. akt: KIO 1918/12 oraz wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1133/12) i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Powoływanie się zatem na naruszenie ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp sprawia, iż nie można mówić o skutecznie postawionym zarzucie przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę AIUT Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 751/18 w dniu 23 kwietnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za

zgodność z oryginałem. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 maja 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 20 kwietnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 11 kwietnia 2018 r. W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający wskazał, iż otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej od jednego z uczestników postępowania pismo oraz odwołanie zgłaszające nieprawidłowości przy wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez AIUT Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że dopatrzył się w dokonanej przez siebie, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na wybraniu najkorzystniejszej oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż podjęte uprzednio czynności obarczone są wadą.

Ponadto w dniu 23 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę AIUT Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób oraz Części IV lit. C (Zdolność zawodowa i techniczna) pkt 2) JEDZ poprzez wskazanie jednej osoby spełniającej warunek wskazany w pkt 7.2(2) pkt 2.2 lit b) SIWZ, jak również do uzupełniania oferty o przedłożenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie 100 sztuk urządzeń do diagnostyki i monitoringu rur (sieci) preizolowanych dla RADPEC S.A. Zamawiający wezwał również ww. wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień: 1) czy doświadczenie zawodowe osób wskazanych na stanowisko Specjalisty Obsługi Technicznej liczone było przez wykonawcę od daty uzyskania uprawnień, 2) na jakich dokładnie projektach dotyczących montażu urządzeń telemetrycznych do odczytu ciepłomierzy, wraz z uruchomieniem systemu bazodanowego, o tej samej lub podobnej skali osoby te uzyskały doświadczenie (należy wskazać na prowadzenie określonych projektów ze wskazaniem dat i zamawiającego) oraz 3) czy doświadczenie zawodowe Pana M. G. było liczone przez wykonawcę od daty uzyskania uprawnień.

Jednocześnie w związku z powstałymi wątpliwościami Zamawiający pismami z dnia 25 kwietnia 2018 r. zwrócił się do zamawiających w trybie §2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia o potwierdzenie, czy zamówienie wskazane w wystawionych przez nich referencjach zostało wykonane należycie.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy AIUT Sp. z o.o. do złożenia, uzupełniania, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w przedmiocie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz wobec braku sprzeciwu ww. wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie tego zarzutu podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Z kolei stosownie do treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z powyższego przepisu wynika, że Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce również po wniesieniu odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym

ustawodawca dopuścił sytuację, w której stan rzeczy - naruszenia przepisów ustawy Pzp na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia, która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy, może być odmienna od treści rozstrzygnięcia, która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania. W świetle ww. regulacji nie ulega wątpliwości, że rolą Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy przy uwzględnieniu istniejących w chwili orzekania okoliczności faktycznych.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, po wniesieniu przez wykonawcę VECTOR odwołania, dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego w dniu 20 kwietnia 2018 r. środka ochrony prawnej. Tym samym w niniejszej sprawie czynność stanowiąca podstawę wniesionego przez wykonawcę VECTOR odwołania przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Co więcej, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak wskazał w piśmie procesowym z dnia 4 maja 2018 r., przystąpił już do ponownego badania i oceny oferty wykonawcy AIUT Sp. z o.o. i wezwał ww. wykonawcę do uzupełnienia i wyjaśnienia odpowiednich oświadczeń i dokumentów. Tym samym o ewentualnym wykluczeniu ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty zadecyduje analiza oświadczeń i dokumentów złożonych przez AIUT Sp. z o.o. w toku powtórzonych czynności.

Uwzględniając powyższe Izba nie miała podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 czy art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz związanego z tymi przepisami art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - wobec okoliczności, że Zamawiający jest w trakcie badania i oceny ofert, mogąc jeszcze dokonać czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności oraz kwestionowanie przez Izbę przyszłych, hipotetycznych czynności, które nie zaistniały jeszcze w tym postępowaniu, nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby to poza ramy niniejszego postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości wpis uiszczony przez Odwołującego. Zgodnie zaś z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę stanowiące łącznie kwotę 4 814,04 zł na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków.

Przewodniczący: