

WYROK

z dnia 14 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Marzena Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 9 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **„SAR PW Sp. z o.o.” Sp. k., ul. Zwoleńska 97, 04-761 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Najwyższy, pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferrovial Servicios S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **„SAR PW Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **„SAR PW Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 Zasądza od **„SAR PW Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Sądu Najwyższego z siedziba w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Najwyższy z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Obsługa eksploatacyjna i serwis techniczny systemów i instalacji technicznych w kompleksie urbanistycznym wymiaru sprawiedliwości (oznaczenie postępowania: KPP 1-2211-1/2016). Ogłoszenie opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2016/S 071-124544 z 12/04/2016 r.

Odwołujący: „SAR PW Spółka z ograniczoną, odpowiedzialnością” Spółka komandytowa w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 96 ust. 3 PZP w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozp. Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458) poprzez udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. - Lider Ferrovial Servicios S.A — Członek konsorcjum po upływie 45 dni od złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie tj. dopiero po upublicznieniu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a tymczasem zgodnie z przepisami wnioski są jawne od daty poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust 1-3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wykazu usług oraz referencji wystawionych przez Bank ING zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum FBSerwis S.A. — Líder Ferrovial Servicios S.A, gdy tymczasem w/w dokumenty winny zostać odtajnione przez Zamawiającego.
- 3) art. 26 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum FBSerwis S.A. z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez w/w,
- 4) art. 26 ust 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum FBSerwis SA. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania w treści wniosku o dopuszczenie do udziału,
- 5) art. 89 ust 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FBSerwis S.A. , Ferrovial Servicios SA z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- 6) art. 89 ust 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBSerwis z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę,
- 7) art. 89 ust 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jw. z uwagi na fakt, iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 8) naruszenie art. 7 ust 1 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. ,
- 2) powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez Konsorcjum FBSerwis SA.
- 3) wykluczenie na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 PZP Konsorcjum FBSerwis S.A.
- 4) odrzucenie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 i 8 PZP oferty Konsorcjum FBSerwis
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Oferta Odwołującego przedstawia jako druga w kolejności najwyższą liczbę punktów przyznanych w kryteriach oceny ofert, a zatem jest ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych i tą, którą powinien Zamawiający wybrać w niniejszym postępowaniu.

Informacja o wyniku postępowania została upubliczniona na stronie internetowej Zamawiającego oraz przekazana Odwołującemu w dniu 20.10.2016 r.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis oraz oferta w/w Wykonawcy zostały udostępnione do wglądu Odwołującego w dniu 21.10.2016 r. zatem dopiero po udostępnieniu Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach, które stanowią podstawę do wniesienia niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE

Zamawiający ustalił treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, w brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania świadczył usługi realizowane nieprzerwanie przez minimum 12 miesięcy, polegające na obsłudze eksploatacyjnej i serwisie technicznym budynków, w co najmniej trzech budynkach biurowych (klasa 1220 wg rozporządzenia RM z 30.12.1999 w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych - Dz. U. 99.112.1316 ze zm.) lub obiektach szpitali o pow. użytkowej nie mniejszej niż 8000 m2 każdy, w tym co najmniej dwa budynki biurowe (klasa 1220 wg rozporządzenia jw.) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 25.000 m2 każdy. Za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna i serwis techniczny systemów w budynkach biurowych,

obejmująca, co najmniej systemy wymienione w pkt II. 1.5) niniejszego ogłoszenia z wyłączeniem: pkt 1.4,1.6,1.10,1.11, 6, 9.8, 9.9, 15, 2 16 i 17. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w pkt. II. 1.5) niniejszego ogłoszenia, musi wystąpić w budynkach, spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej jeden raz”.

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia (pkt 3 wzoru wniosku) o treści: „Oświadczam (y), iż obsługę eksploatacyjną i serwis techniczny systemów oraz instalacji technicznych HONEYWELL, SIEMENS, ALGATEL będą realizować osoby/podmioty, które posiadają odpowiednią autoryzację lub certyfikat producenta systemu/instalacji”.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (01.07.2016 r. godz. 12:00) w postępowaniu zostały złożone następujące wnioski:

Wniosek nr 1: Atalian Poland Sp. z o.o. ul. Łąkowa 3/5, 90-562 Łódź

Wniosek nr 2: Veolia Industry Polska Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 01-696 Poznań

Wniosek nr 3: Konsorcjum firm: FBSerwis S.A. — Lider Warszawa Ferrovial Servicios SA. — Członek konsorcjum Calle Prondpe de Vergara 135,28002 Madryt

Wniosek nr 4: „SAR. PW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” SK Warszawa

Wniosek nr 5: Sodexo Polska Sp. z o.o. uL Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa

Wniosek nr 6: Cofely Services Sp. z o.o. ul. Kijowska 1, 03-738 warszawa

Wniosek nr 7: Orange Real Estate Sp. z o.o. ul. Piękna 17/19, 00-549 Warszawa

Wniosek nr 8: Ciar System SA. uL Janickiego 20B, 60-542 Poznań

Wniosek nr 9: Vind Fadlities Polska Sp. z o.o. uL Domaniewska 32, 02-672 Warszawa

Do upływu terminu składania ofert (18.10.2016 r. godz. 11.45) zostały złożone oferty:

Oferta nr 1. Orange Real Estate Sp. z o.o. Warszawa cena -10 608 366,24 zł

Oferta nr 2. Konsorcjum firm: FBSerwis SA. Warszawa — Lider i Ferrovial Servidos S.A. Madryt cena - 9 057 611,56 zł

Oferta nr 3. „SAR PW Spółka z o.o.” Spółka komandytowa Warszawa cena - 9 105 407,99 zł

Oferta nr 4. Sodexo Polska Sp. z o.o. Warszawa cena - 9 682 560,00 zł

W dniu 20.10.2016 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej, ofertę złożoną przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis SA.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 1

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 96 ust 3 PZP w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia PRM z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458) poprzez udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. po upływie 45 dni od złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez w/w Wykonawcę tj.

dopiero po upublicznieniu przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 26.08.2016 r. poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP: Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści § 5 ust 1 i 5 w/w rozporządzenia: ust 1. Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek, ust 5. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z upewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, Zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczanie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przysłania informacji o wyborze oferty albo o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący w dniu 7.09.2016 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum FBService S.A. Kolejne pismo w sprawie udostępnienia wniosków i ofert zostało złożone dnia 18.10.2016 r.

Zamawiający udostępnił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Konsorcjum FBService SA. dopiero w dniu 21.10.2016 r. tj. po wyborze oferty w/w Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z treścią wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum, niezwłocznie po dokonanej ocenie wniosków, co skutkowało tym, że złożenie niniejszego odwołania wobec treści wniosku Konsorcjum mogło nastąpić dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie otrzymał wcześniej od Zamawiającego formalnej odmowy udostępnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum, co umożliwiłoby złożenie odwołania wobec naruszenia zasady jawności postępowania przez Zamawiającego na wcześniejszym etapie postępowania. Odwołujący nie mógł zapoznać się z dokumentacją postępowania, która bezpośrednio dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wpływa na liczbę punktów przyznaną przez Zamawiającego w ramach kwalifikacji wykonawców. Tym samym Odwołujący nie był w stanie wcześniej ocenić poprawności przeprowadzonej oceny spełnienia warunków oraz kwalifikacji wykonawców na wcześniejszym etapie postępowania.

W wyroku KIO 990/11 podkreślono, iż „Zamawiający miał również wynikający z art. 96 ust. 3 ustawy pzp obowiązek udostępnienia wykonawcy dokumentacji z postępowania. Udostępnienie to — zgodnie p§ 5 ust. 5 rozp. Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie pomówienia publicznego — winno nastąpić niezwłocznie, a jedynie w wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, może to nastąpić w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty albo o unieważnieniu postępowania. W ocenie Izby, w zakresie udostępnienia Odwołującemu dokumentacji z postępowania wystąpiła nieuzasadniona zwłoka Zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji nie tylko oceny swojego wniosku, ale również wniosków złożonych przez konkurencyjnych wykonawców, w terminie umożliwiającym ewentualne wniesienie odwołania (wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały udostępnione w dniu, w którym upływał termin na złożenie odwołania).”.

Biorąc powyższe pod uwagę wniesienie odwołania i podnoszenie argumentów wobec treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum: 1) FBSerwis S.A. 2) Ferrovial Servicios S.A. stało się możliwe dopiero od dnia ich udostępnienia, a więc od dnia 21.10.2016 r.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 2

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1-3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów w postaci wykazu zamówień wraz z referencją wystawionych przez Bank ING, które to dokumenty zostały niezgodnie z przepisami zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy Konsorcjum FBSerwis S.A.

W pkt 5 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez w/w Wykonawcę, w poz. 28 wskazano „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Odwołujący w dniu 7.09.2016 r. a następnie w dniu 18.10.2016 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum.

W wyroku KIO 2525/13 wskazano, iż „należy stanowczo podkreślić, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wyjaśnienia, tudzież uzupełnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowią „inne dokumenty składam przez Zamawiającego i Wykonawców”, które podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, są to de facto „kontynuacje” wniosków o dopuszczenie, czyli wnioski i w tym zakresie podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadami udostępnienia wniosków, jako takich. Jednocześnie same wezwanie do wyjaśnień, tudzież

uzupełnienia z uwagi na oczywiste powiązania, kontekst i ciągłość znaczeniową (tzn. aby ocenić odpowiedź konieczna jest znajomość wezwania — „pytania”) również podlegają tej samej zasadzie. Odwołujący słusznie argumentował, że uznanie stanowiska przeciwnego skutkowałoby brakiem możliwości brania uzupełnień i wyjaśnień, w kontekście wezwań, pod uwagę, w toku badania i oceny przy prekwalfikacji złożonych wniosków o dopuszczenie. Izba w tym zakresie przywołuje stanowisko wyrażone przez UZP w publikacji: W. Bajda: „(Protokół postępowania o udzielenie pomówienia publicznego ” UZP - W-wa 2012, str. 12 — tabela: /Rodzaj dokumentu — moment udostępnienia/.

Wniosek Odwołującego z dnia 7.09.2016 r. a następnie z dnia 18.10.2016 r. dotyczył żądania udostępnienia „wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” złożonego przez Konsorcjum w całości, tj. łącznie z ewentualnymi wezwaniami do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dot. treści wniosku, jak i wszystkich jego załączników, w tym uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jakiejś części dokumentów załączonych do wniosku, o ile zasada jawności doznaje ograniczeń w zakresie nieujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tak samo uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji jest jawne i podlega udostępnieniu w trybie art. 96 ust 3 PZP.

Podkreślić jednocześnie należy, iż uzasadnienie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy każdorazowo oceniać krytycznie, bowiem często te informacje same w sobie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. We wskazanym powyżej wyroku, KIO zwróciła uwagę, że ta praktyka jest przez wykonawców nadużywana: „Składane zamawiającym wyjaśnienia mające stanowić wypełnienie przesłanki przepisu art. 8 ust. 3 pzp zgodnie, z którą konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa, niejednokrotnie przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 uznk., popartych obszernym przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nawet, jeśli w treści wyjaśnień znajduje się szczegółowe odniesienie do przesłanek określonych w przywołanym przepisie (np. do przesłanki związanej z podjęciem przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji), to ich ziszczenie się wykazywane jest przez odwołanie do typowej argumentacji. ”

W przedmiotowym postępowaniu dołączone przez Wykonawcę uzasadnienie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne i bazuje w większości na powołanych przez Wykonawcę wyrokach. Wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych informacji odnoszących się np. do tego jakie działania zostały przez niego podjęte by informacje zachować jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przepisu art. 11 ust. 4 uznk definiującej pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje

techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przedstawiając wyjaśnienia Wykonawca powinien szczegółowo wykazać: czy informacja stanowi informację techniczną, organizacyjną lub inną posiadającą wartość gospodarczą, np. poprzez wskazanie, które z danych technicznych zawarte w tych dokumentach stanowią taką wartość, czy informacja nie została ujawniona do informacji publicznej (w szczególności czy w/w informacje nie są dostępne na stronach internetowych, czy przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji w poufności).

Wykonawca składając uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę winien bardzo dokładnie wykazać zajście wskazanych powyżej przesłanek w odniesieniu do każdego z zastrzeżonych dokumentów, czego nie uczynił. Tym samym Zamawiający zobligowany był do odtajnienia dokumentów i udostępnienia ich Odwołującemu, czego nie uczynił.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 3

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 2 pkt 4 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBService SA. z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę.

W pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż „O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania świadczył usługi realizowane nieprzerwanie przez minimum 12 miesięcy, polegające na obsłudze eksploatacyjnej i serwisie technicznym budynków, w co najmniej trzech budynkach biurowych (klasa 1220 wg rozp. RM z 30.12.1999 w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów budowlanych – Dz. U.112.1316 ze zm.) lub obiektach szpitali o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8000 m² każdy, w tym co najmniej dwa budynki biurowe (klasa 1220 wg w/w rozporządzenia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 25.000 m² każdy. Za zakres rzeczowy odpowiadający przedmiotowi zamówienia uznana zostanie obsługa eksploatacyjna i serwis techniczny systemów w budynkach biurowych, obejmująca, co najmniej systemy wymienione w pkt. II. 1.5) niniejszego ogłoszenia z wyłączeniem: pkt 1.4, 1.6, 1.10, 1.11, 6, 9.8, 9.9, 15, 16 i 17. Każdy z pozostałych systemów, wymienionych w pkt: II 1.5) niniejszego ogłoszenia, musi wystąpić w budynkach, spełniających wyżej podane wymagania, a wykazanych przez wykonawcę w składanej ofercie, przynajmniej jeden raz”.

Zamawiający na potwierdzenie posiadania przez Wykonawców wiedzy i doświadczenia wymagał od Wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia

warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu stanowi załącznik A5 do ogłoszenia).

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Wykonawca Konsorcjum FBService załączył:

- 1) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowa obsługa techniczna oraz ochrona fizyczna w Wojewódzkim Szpitalu Dziecięcym im. J Brudzińskiego w Bydgoszczy przez FBService S.A. wystawiony przez Szpital,
- 2) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie instalacji w budynkach centrów przetwarzania danych Telvent Global Services na Półwyspie Iberyjskim” przez Ferrovial Servidos S.A. wystawiony przez ITCONIC S.A.,
- 3) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie budynku” przez Ferrovial Servidos wystawiony przez Cespa S.A.,
- 4) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „utrzymania w gotowości i pełnej sprawności instalacji szpitala uniwersyteckiego w Torrejon de Ardoz oraz centrum specjalistycznego” przez Ferrovial Servidos S.A. wystawiony przez Szpital Uniwersytecki w Torrejon de Ardoz,
- 5) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „prewencyjne i naprawcze utrzymanie w budynku Glaid i PTM w Parku Naukowym w Madrycie” przez Ferrovial Servidos S.A. wystawiony przez Fundacja Park Naukowy w Madrycie,
- 6) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „utrzymanie techniczne instalacji grzewczych, klimatyzacji i sieci wody sanitarnej zimnej i ciepłej kompleksu szpitalnego Ourense” przez Ferrovial Servidos SA. wystawiony przez Zarządzenie Zintegrowane Ourense, Verin i O Barco de Veldeorras,
- 7) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „utrzymanie techniczne instalacji grzewczych, klimatyzacji i sieci wody sanitarnej zimnej i ciepłej kompleksu szpitalnego Ourense” przez Ferrovial Servidos S.A. wystawiony przez Zarządzenie Zintegrowane Ourense, Verin i O Barco de Veldeorras,
- 8) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie budynku” przez Ferrovial Servidos SA. wystawiony przez Ferrovial Agroman,
- 9) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „konserwacja urządzeń i instalacji” przez Ferrovial Servidos SA. wystawiony przez Ośrodek Zdrowia Rejonu Badajoz.

Biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców miał przedstawić: 3 budynki biurowe lub obiekty szpitali o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8000 m² każdy, w tym co najmniej 2 budynki biurowe o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 25.000 m² każdy. Do spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagane było

przedstawienie co najmniej 3 budynków (jeden biurowy lub obiekt szpitala o pow. 8 tys. m² oraz dwa biurowe o pow. 25 tys. m² każdy).

Wśród w/w dokumentów potwierdzających należytą realizację usług żadne z zamówień nie może być wzięte pod uwagę do oceny w ramach przedstawienia dwóch budynków biurowych o po w. 25 tys. m² z następujących powodów;

1) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowa obsługa techniczna oraz ochrona fizyczna w Wojewódzkim Szpitalu Dziecięcym im. J Brudzińskiego w Bydgoszczy” przez FBService S.A. dot. obiektu budynku szpitala, a nie budynku biurowego, zatem pomimo tego, że powierzchnia wynosi 29.000 m² w/w budynek może być wyłącznie wzięty pod uwagę do oceny jako obiekt szpitala o pow. 8 tys. m².

2) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie instalacji w budynkach centrów przetwarzania danych Telvent Global Services na Półwyspie Iberyjskim” przez Ferrovial Servicios S.A., dot. obiektów położonych w różnych miastach: Madryt 1, Madryt 2, Sewilla, Barcelona, Lizbona, co wynika wprost z treści w/w dokumentu, a Zamawiający dopuścił wyłącznie możliwość przedstawienia do spełnienia warunku jednego obiektu. W treści wykazu w sposób sprzeczny z wystawionymi dokumentami wskazano do oceny budynek zatytułowany: Centrum Przetwarzania Danych i wskazano tam powierzchnię 25.494 m², która nie wiadomo czy odnosi się do jednego, czy do wszystkich budynków. Powyższa rozbieżność wskazuje wprost na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto CPD nie koniecznie mogą posiadać status budynku biurowego.

3) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie budynku” przez Ferrovial Servicios wystawiony przez Cespa S.A., dot. obiektu o powierzchni 14.526 m², a ponadto w treści w/w dokumentu nie wskazano jaki jest to rodzaj budynku, zatem trudno uznać za wiarygodne oświadczenie Wykonawcy zawarte w wykazie z którego ma wynikać że jest to budynek biurowy.

4) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „utrzymania w gotowości i pełnej sprawności instalacji szpitala uniwersyteckiego w Terrejon de Ardoz oraz centrum specjalistycznego” przez Ferrovial Servicios S.A. dot. obiektu budynku szpitala, a nie budynku biurowego, zatem pomimo tego że powierzchnia wynosi 60.000 m² w/w budynek może być wyłącznie wzięty pod uwagę do oceny jako obiekt szpitala.

5) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „prewencyjne i naprawcze utrzymanie w budynku Claid i PTM w Parku Naukowym w Madrycie” przez Ferrovial Servicios S.A., dot. dwóch a nie jednego obiektu o powierzchni łącznej 33.500 m² (Zamawiający nie wprowadził możliwości sumowania powierzchni różnych obiektów), a ponadto w treści w/w dokumentu wskazano, że jest to Park Naukowy, zatem trudno uznać

takie przeznaczenie budynku za zgodne z warunkiem z którego wynikało że ma być to budynek biurowy.

6) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „utrzymanie techniczne instalacji grzewczych, klimatyzacji i sieci wody sanitarnej zimnej i ciepłej kompleksu szpitalnego Ourense” przez Ferrovial Servidos S.A. dot. kompleksu 3 obiektów szpitalnych a nie budynków biurowych, zatem pomimo tego że powierzchnia wynosi: 82.196,68 m², 13.723,74 m², 23.912,29 m², w/w obiekty mogą być wyłącznie wzięte pod uwagę do oceny jako obiekty szpitala.

7) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „kompleksowe utrzymanie budynku” przez Ferrovial Servidos S.A., dot. obiektu o powierzchni 10.130,89 m², a ponadto w treści dokumentu nie wskazano jaki jest to rodzaj budynku, zatem trudno uznać za wiarygodne oświadczenie Wykonawcy zawarte w wykazie z którego ma wynikać że jest to budynek biurowy.

8) dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi „konserwacja urządzeń i instalacji” przez Ferrovial Servicios S.A. wystawiony przez Ośrodek Zdrowia Rejonu Badajoz dot. wielu obiektów szpitala, a nie budynku biurowego, o pow. łącznej wynoszącej 312.094,52 m², w/w budynek może być wyłącznie wzięty pod uwagę do oceny jako obiekt szpitala.

A Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu wymagał co najmniej 1 budynku biurowego lub obiektu szpitala o pow. 8 tys. m² oraz co najmniej 2 budynków biurowych o pow. 25 tys. m² każdy. Z w/w zestawienia wynika jedynie, że został spełniony wymóg przedstawienia co najmniej 1 budynku — obiektu szpitala o pow. 8 tys. m².

Uwzględniając powyższe, przedstawiona przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. , Ferrovial Servicios S.A przedstawione wykazy zrealizowanych/realizowanych usług oraz dokumenty potwierdzające należytą realizację usług nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem brak jest dwóch budynków biurowych o pow. 25 tys. m² — zatem w/w Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

W pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż O udzielenie zamówienia ubiegać są mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.: zabawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 10 000 000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych).

Zamawiający na potwierdzenie znajdowania się przez Wykonawców w sytuacji ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia wymagał od Wykonawców załączenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że

Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Wykonawca Konsorcjum FBSerwis S.A. — Lider Ferrovial Servicios S.A — Członek konsorcjum załączył polisę wystawioną przez AIG Europe Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, której przedmiot i zakres ochrony obejmuje odpowiedzialność cywilną z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i posiadania rzeczy.

W/w polisa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem treść polisy nie określa rodzaju działalności objętej ochroną ubezpieczeniową biorąc pod uwagę fakt, iż ubezpieczonym w ramach tej polisy jest łącznie 6 różnych podmiotów.

Do polisy nie zostały załączone żadne dodatkowe dokumenty np. ogólne warunki ubezpieczenia lub wnioski o wystawienie polisy, które określałyby rodzaj działalności objętej ochroną.

Należy stwierdzić, iż Wykonawca składa polisę, aby wykazać, iż najpóźniej na dzień składania wniosków, bowiem na ten moment jest dokonywana ocena, jest objęty ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jest to więc dowód na ubezpieczalność wykonawcy, a co za tym idzie środek weryfikacji jego wiarygodności. Jeżeli bowiem podmiot jest ubezpieczalny, czyli zakład ubezpieczeń podejmie ryzyko objęcia go ubezpieczeniem, od którego jest on w stanie opłacić składkę to winno to rodzić domniemanie, iż jego funkcjonowanie w obrocie gospodarczym nie jest obciążone zbyt wysokim ryzykiem. Można zatem stwierdzić, że przedłożenie polisy weryfikuje dwa elementy - zdolność podmiotu do bycia objętym ubezpieczeniem, a więc chęć zakładu ubezpieczeń do poniesienia ryzyka związanego z działalnością ubezpieczonego oraz zdolność ubezpieczonego do opłacenia składki. Oczywiście jest bowiem, iż składka jest tym wyższa, czym wyższe ryzyko ubezpieczeniowe. Nie objęcie ryzykiem zakresu tożsamego do przedmiotu zamówienia oznacza, iż Wykonawca nie wykazał swojej wiarygodności, a zatem nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Można przykładowo wskazać, iż KIO w wyroku 1723/14 wskazała: „Nie można uznać, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, wykonawcy mogliby przedstawić dokument polisy potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej niezwiązanej z przedmiotem Zamówienia, ale za to potwierdzający wymóg co do kwoty ubezpieczenia, bo wówczas stałoby to w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231)"

Należy również wskazać, iż przedmiot działalności Wykonawcy ujawniony w KRS to: naprawa i konserwacja urządzeń elektrycznych, odprowadzanie i oczyszczanie ścieków, działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, odzysk surowców, roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej, roboty budowlane specjalistyczne, magazynowanie i działalność usługowa wspomagająca transport, działalność usługowa związana z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni, działalność związana z administracyjną obsługą biura, włączając działalność wspomagającą. Powyższe potwierdza, iż nawet gdyby polisa OC w swojej treści odwoływała się do przedmiotu działalności lidera konsorcjum ujawnionego w KRS to zostałaaby wystawiona w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.

Odnosząc przedmiot działalności ujawniony w KRS lidera konsorcjum w stosunku do przedmiotu ubezpieczenia należy przywołać wyrok KIO 1205/2011: „Analizą przepisu § 1 ust 1 pkt 10 wskazanego wyżej rozporządzenia pozwala na wniosek, iż Z dokumentu polisy powinny wynikać następujące okoliczności: 1) wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, 2) ubezpieczenie dotyczy działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Użycie przez ustawodawcy sformułowania „związanej z” wskazuje na to, że ubezpieczona działalność ma w pewnym stopniu odpowiadać przedmiotowi zamówienia, natomiast nie musi być tożsama z przedmiotem zamówienia. Odmienne argumentacja byłaby w ocenie Izby nieuprawniona, ponieważ nakładałaby na wykonawcę obowiązek ubezpieczania się w każdym przypadku, gdyby chciał on wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przedłożona przez TRANSDROG polisa wskazuje, że przedmiotem ubezpieczenia OC jest działalność gospodarczą wykonawcy. Przedmiot działalności wynika z przedłożonego odpisu z KRS i obejmuje między innymi roboty związane z budową dróg i autostrad. Opis przedmiotu zamówienia wynikający z dokumentacji postępowania wskazuje, że zamawiający przewidział w nim roboty związane z przedmiotem działalności wybranego wykonawcy wynikające z odpisu z KRS. W ocenie Izby jest to wystarczające dla uznania, że przedłożona polisa odpowiada wymogom postępowania.”.

Zgodnie z opinią prawną zamieszczoną na stronie internetowej UZP pt. Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia: „Przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności (wyrok KIO/UZP 429/08). Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia Analogicznie uzasadniała KIO w swoich orzeczeniach, m.in. KIO 1515/13 „Polisa OC na potwierdzenie spełniania warunku nie musi być zgodna z przedmiotem Zamówienia — identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna przynajmniej w minimalnym zakresie być związana z tym przedmiotem zamówienia”.

Uwzględniając powyższe, przedstawiona przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. polisa OC nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie określa rodzaju działalności lidera konsorcjum objętego ubezpieczeniem — zatem w/w Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

W pkt III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.: zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500 000 PLN (słownie: pięćset tysięcy złotych).

Zamawiający na potwierdzenie wymagał od Wykonawców załączenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Wykonawca Konsorcjum FBSerwis SA. — Lider Ferrovial Servidos S.A — Członek konsorcjum załączył opinię bankową wystawioną przez Societe Generale S.A. Oddział w Polsce z dnia 19.05.2016 r.

W/w opinia nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem treść opinii określa jedynie wysokość obrotów FBSerwis SA. w wysokości kwoty 9-cyfrowej po stronie kredytowej oraz w tej samej wysokości po stronie debetowej a także wskazuje jedynie, iż FBSerwis S.A. posiada na rachunku środki finansowe w wysokości przekraczającej 7 mln zł po stronie kredytowej.

KIO w wyroku sygn. akt: KIO 2065/14, wskazała, iż: „Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo nie uznał takiej opinii ani za informację o wysokości posiadanych środków finansowych, ani o zdolności kredytowej wykonawcy na dzień składania ofert, czy też raczej - dzień wystawienia opinii. Opinia ta zawiera bowiem wyłącznie informację o posiadanym przez wykonawcę kredycie - a więc de facto jego faktycznym lub potencjalnym długu wobec banku

w wysokości 300.000 złotych (w zależności od tego, na ile środki te już zostały przez wykonawcę wykorzystane). Brak tu jest jakiegokolwiek odniesienia do dostępności środków dla wykonawcy w chwili wystawienia opinii — owe 300.000 złotych mógł on już bowiem uprzednio wydatkować na inne cele. Zatem, aby opinię taką uznać za prawidłową (odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego), bank musiałby w niej zawrzeć informację typu: „firma posiada w tym banku kredyt w rachunku bieżącym w wysokości 300.000,00 PLN, z których do dnia dzisiejszego wykorzystano 200.000 PLN” albo, firma posiada w naszym banku kredyt w rachunku bieżącym w wysokości 300.000 PLN, w ramach którego posiada dostępne środki w wysokości 50.000 złotych” (lub więcej). W ten sposób zamawiający mógłby sobie w łatwy sposób ustalić, jakie dostępne środki posiada zamawiający. Nie ma tu bowiem przeszkód, żeby posiadane środki finansowe pochodziły ZJUŻ udzielonego kredytu (w nomenklaturze banku to wciąż „dostępne środki”), ale muszą być one posiadane/dostępne dla wykonawcy w danej chwili.”

Uwzględniając powyższe, przedstawiona przez Wykonawcę Konsorcjum FBSerwis S.A. opinia banku nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie określa stopnia wykorzystania środków finansowych po stronie kredytowej — zatem Wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 4

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBSerwis S.A. — z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez w/w Wykonawcę,

W pkt 3 wzoru wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o następującej treści:

3. Oświadczam(y), iż obsługę eksploatacyjną i serwis techniczny systemów oraz instalacji technicznych HONEYWELL, SIEMENS, AŚLCATEL, będą realizować osoby/podmioty, które posiadają odpowiednią autoryzację lub certyfikat producenta systemu/instalacji.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż firmy wymienione w treści w/w oświadczenia są podmiotami, które bezpośrednio realizują poszczególne zakresy rzeczowe zamówienia. Żaden z wykonawców biorących udział w zamówieniu nie uzyska autoryzacji lub certyfikatu umożliwiającego wykonanie czynności eksploatacyjnych i serwisu technicznego bezpośrednio przez wykonawcę. A zatem każdorazowo w/w firmy będą podwykonawcami wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z tych względów już na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie zasad współpracy z w/w firmami. W/w zasady powinny być

sfinalizowanie w momencie składania ofert. W przeciwnym wypadku Wykonawca nie posiadałby informacji w jaki sposób wycenić wartość części zamówienia realizowanego przez Podwykonawcę.

W tym miejscu wskazać należy, iż oświadczenie złożone przez Konsorcjum FBSerwis S.A. — Lider Ferrovial Servicios S.A — Członek konsorcjum w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 01.07.2016 r. jest informacją nieprawdziwą, bowiem w/w wykonawca nie nado dnia składania ofert nie uzyskał zobowiązania firmy Siemens do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci osób posiadających autoryzację lub certyfikat Siemens.

Zatem na moment złożenia oferty Konsorcjum nie miało wiążącej oferty czy zobowiązania firmy Siemens, które umożliwiłoby Konsorcjum potwierdzenie prawdziwości złożonego oświadczenia o treści wskazanej w pkt 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W wyroku KIO 218/16 potwierdzono, iż „Zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 3 pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konieczne jest zatem wykazanie, że informacje były niezgodne ze stanem faktycznym, a ponadto że zostały złożone w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i dodatkowo że ma to (lub może mieć) wpływ na wynik postępowania.

W wyroku KIO 116/16 podkreślono, że „Określone informacje są nieprawdziwe, tak na gruncie ogólnych reguł języka polskiego, jak i w rozumieniu przypisu art. 24 ust 2 pkt 3 pzp może odnosić się wyłącznie do informacji o pewnych faktach, o obiektywnie istniejącej rzeczywistości, tylko one bowiem podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu”

Konsorcjum składając nieprawdziwe informacje w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wprowadziło w błąd Zamawiającego, ponadto Konsorcjum działało z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd bowiem na dzień 01.07.2016 r. wiążących deklaracji ze strony firmy Siemens nie miało.

W świetle przedstawionej argumentacji wykonawca ten podlega zatem wykluczeniu.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 5

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FBSerwis S.A. z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W treści złożonej oferty — pkt 8 formularza ofertowego — Konsorcjum oświadczyło, iż zatrudni podwykonawców do realizacji zamówienia m.in. w zakresie obsługi systemów teletechnicznych.

Firma Siemens przekazała wszystkim podmiotom zamierzającym składać oferty w przedmiotowym postępowaniu swoją ofertę na świadczenie usług. Taką ofertę otrzymał również Odwołujący. Przekazana przez Siemens oferta dla wszystkich podmiotów była na zbliżonym poziomie cenowym wynoszącym ok. 60 tys. zł. Konsorcjum FBService S.A. zaniżyło w treści kalkulacji cenę za świadczenie usług w zakresie systemów teletechnicznych, które zostaną powierzone m.in. firmie Siemens o ok. 36% (od oferty przekazanej przez Siemens na poziomie ok. 60 tys. a wycenionej na kwotę ok. 38 tys. wg kalkulacji Wykonawcy), i zaoferowała cenę w wysokości 56.131,39 zł netto, która obejmuje nie tylko usługę firmy Siemens, ale również usługi innych podwykonawców dla których Zamawiający wymagał przedstawienia certyfikatów producenckich: Honeywell i częściowo Alcatel. Zgodnie z oświadczeniem w/w Wykonawcy zawartym w pkt 8 pkt 1 oferty, systemy teletechniczne będą powierzone w całości podwykonawcom. Nie jest zatem możliwa realizacja tego zamówienia w tej części — systemy teletechniczne przez w/w Wykonawcę, bowiem w żaden sposób nie pokrywa kosztów, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić swoim podwykonawcom: kwotę ok. 60 tys. zł. firmie Siemens (wg ofert przekazanych przez firmę Siemens), kwotę ok. 18 tys. firmie Honeywell (wg kalkulacji Wykonawcy) oraz kwotę ok. 1,5 tys. zł. firmie Alcatel (wg kalkulacji Wykonawcy).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zku (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) czyn nieuczciwej konkurencji jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

W wyroku KIO 817/16 Izba wskazała, iż, „nie jest prawdą, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu, gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji”.

W wyroku KIO 2553/15, wskazano, że „Działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązującego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami”.

Oferta złożona przez konsorcjum narusza art. 15 ust. 1 w/w ustawy i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej — konsorcjum oferując cenę za usługi poniżej

kosztów ich realizacji przez profesjonalny podmiot utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji — co przesądza o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum. Uzasadnienie dot. zarzutu nr 6

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FBSerwis S.A. z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę.

Przyjmuje się, że zaniżone (spekulacyjne) ceny jednostkowe są tworzone w oderwaniu od ponoszonych przez wykonawcę kosztów i ich przyjęcie w ofercie przez wykonawcę ma na celu wyciągnięcie korzyści z oczekiwanych zmian w rodzaju i ilości usług ostatecznie objętych wykonaniem.

Podkreślić jednocześnie należy, że w zał. B1 do SIWZ — umowa, w art. 3.6. Zamawiający zawarł postanowienie zgodnie z którym: „ZAMAWIAJĄCY zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu obsługiwanych i serwisowanych przez WYKONUJĄCEGO systemów i instalacji, bez jakichkolwiek konsekwencji”.

Powyższe postanowienie umowne uniemożliwia przyjęcie przez Konsorcjum takiej zasady, że wynagrodzenie za inne zrealizowane usługi, które zostały wycenione z zyskiem będzie rekompensować straty ponoszone przez konsorcjum za usługi w zakresie obsługi systemów teletechnicznych.

W wyroku KIO 547/16, KIO 550/16 i KIO 552/16 podkreślono, że „Działanie wykonawcy polegające na "przerzucaniu" kosztów między odrębnie rozliczаныmi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość Zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającego. ”

W wyroku KIO 1223/14 podkreślono, iż „Pojęcie ceny rażąco niskiej ceny, co do zasady, odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi bowiem o stosunku ceny do przedmiotu Zamówienia. W wyjątkowych sytuacjach możliwe jest badanie cen jednostkowych, przykładowo gdy jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfika przedmiotu zamówienia, czy sposobem wynagradzania wykonawcy”.

Specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia stosowanie pojęcia rażąco niskiej ceny do cen za poszczególne usługi przedmiotu zamówienia. Usługa w zakresie obsługi systemów teletechnicznych ma charakter wiodący - cena za te usługi determinuje cenę całej oferty w stopniu uzasadniającym postrzeganie (przez pryzmat tej ceny jednostkowej) ceny globalnej za cenę rażąco niską.

Dla przykładu, cena tych usług w ofercie Konsorcjum stanowi zaledwie 36% udziału w łącznym koszcie miesięcznym, a w ofercie Odwołującego — 43,58%.

W wyroku KIO 791/13 wskazano, że przepisy Pzp odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny cząstkowe determinują cenę całej ofert”.

Usługa w zakresie obsługi systemów teletechnicznych stanowi przeważającą część zamówienia, są to jedynie usługi, których cena musi być ściśle powiązana z kosztami, jakie będą wiązać się ze zleceniem tych usług w całości do wykonania przez podwykonawców. Wobec powyższego, zniżenie cen tych usług wpływa na całkowitą cenę oferty.

Mając powyższe na uwadze, oferta Konsorcjum FBService S.A. — Lider Ferrovial Servicios S.A — Członek konsorcjum podlega odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie dot. zarzutu nr 7

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FBService S.A. z uwagi na fakt, iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 14 PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie Zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Pełnomocnictwo uregulowane zostało zespołem przepisów ogólnych (art. 98 - 108 KC) zamieszczonych w I Księdze KC. Powyższe przepisy szczegółowo określają zakres czynności jakie mocodawca musi dokonać dla ważności udzielanego pełnomocnictwa. Wskazują m.in. formę udzielanych pełnomocnictw, ich treść, rodzaje oraz okoliczności wygaśnięcia pełnomocnictwa.

Art. 23 ust. 2 PZP nakłada na wykonawców mogących wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia obowiązek ustanowienia pełnomocnika. Jeśli konsorcjanci nie wykonają obowiązku i nie ustanowią pełnomocnika, to ich czynności odniosą skutek pod warunkiem, że każde pismo/oświadczenie woli zostanie podpisane przez każdego z wykonawców działających wspólnie (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, s, 99).

„Pełnomocnikiem wykonawców może być jeden z członków konsorcjum, nazywany zwyczajowo liderem, albo osoba trzecia” (tak: postanowienie SN z 27 maja 2010 r.; III CZP 25/10).

W wyroku KIO/UZP 99/09 stwierdzono, że: „Izba podtrzymuje pogląd wyrażony w wyroku z 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/300/08, że w przypadku, gdy o zamówienia publicznie ubiegają się dwaj wykonawcy występujący wspólnie, dla uznania, że wykonawcy ustanowili pełnomocnika, wystarczające jest, aby jeden z wykonawców udzielił pełnomocnictwa drugiemu z nich”.

Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1052/11 „prawo pełnomocnika odnosi się do działania w imieniu wskazanego konsorcjum utworzonego przez, dwa podmioty i brak jest podstaw do uznania, by osoba upoważniona mogła na podstawie takiego pełnomocnictwa reprezentować któregokolwiek z członków konsorcjum występującego w danym postępowaniu samodzielnie ”

Wykonawca Konsorcjum FBSerwis S.A. — lider Ferrovial Servidos S.A — Członek konsorcjum do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył pełnomocnictwo z dnia 09.06.2016 r. wystawione przez p. S. O. B. — reprezentującego wykonawcę Ferrovial Servidos SA.

W treści pełnomocnictwa wskazano, iż Ferrovial Servidos SA. ustanawia FBSerwis S.A. pełnomocnikiem Ferrovial Servidos SA. w przedmiotowym postępowaniu z prawem do dokonywania w imieniu Ferrovial Servidos S.A. działającej samodzielnie lub wspólnie z FBSerwis SA. w ramach ustanowionego konsorcjum wszelkich czynności związanych z udziałem Ferrovial Servicios SA. lub konsorcjum w postępowaniu.

Prawidłowo skonstruowane pełnomocnictwo nie powinno zawierać zwrotów niejednoznacznych i niejasnych, określając wyraźnie zakres podmiotów, których dotyczy, i czynności, do jakich umocowuje.

O ile doktryna dopuszcza złożenie pełnomocnictwa przez jednego z konsorcjantów — drugiemu z nich, to dla skuteczności udzielenia pełnomocnictwa - jego treść winna być precyzyjna.

Pełnomocnictwo udzielone przez Ferrovial Servidos S.A. daje alternatywną możliwość udziału w postępowaniu samodzielnie przez Ferrovial Servidos SA. lub w ramach konsorcjum z FBSerwis S.A.

Treść pełnomocnictwa udzielonego przez FBSerwis S.A. w dniu 17.06.2016 r. również jest wadliwa.

Jak wskazała KIO w wyroku KIO 2017/10: pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy PZP, powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym obejmującym umocowanie do dokonywania i przyjmowania określonych czynności prawnych i faktycznych, a co za tym idzie, składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu i na rzecz konsorcjum”.

Z treści pełnomocnictwa udzielonego przez FBSerwis S.A. wynika jedynie umocowanie dla p. B. C., p. M. Z. i K. B. do jednoosobowego reprezentowania partnerów

konsorcjum w postępowaniu w tym w szczególności do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty w imieniu konsorcjum oraz „innych dokumentów związanych z procedurą przetargową oraz składania oświadczeń wiedzy w imieniu wykonawcy, parafowania dokumentacji, zatwierdzania projektu umowy, składania niezbędnych oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji i wyjaśnień, potwierdzania za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów będących załącznikami do oferty Konsorcjum”.

Zwrot: „składania oświadczeń wiedzy w imieniu wykonawcy” jednoznacznie przesądza o wadliwości udzielonego pełnomocnictwa, dalsza treść również nie pozostawia wątpliwości, że pełnomocnicy zostali umocowani do potwierdzania za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów będących załącznikami do jedynie oferty Konsorcjum a nie dokumentów będących załącznikami do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W doktrynie przyjmuje się, iż wadliwe pełnomocnictwo to takie, którego nieprawidłowości nie można usunąć w trybie wykładni oświadczenia woli, a więc w trybie określonym w art. 65 KC, zgodnie z którym oświadczenie woli należy badać biorąc pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących jego złożeniu.

Pełnomocnictwo udzielone przez Ferrovial Servicios S.A. uprawnia FBSerwis S.A. do reprezentacji samodzielnej w/w wykonawcy lub w ramach konsorcjum — zatem jest to umocowanie alternatywne, z kolei pełnomocnictwo FBSerwis SA. nie określa w imieniu jakiego wykonawcy ustanowieni pełnomocnicy mogą składać oświadczenia wiedzy i uniemożliwia złożenie oświadczeń woli w imieniu konsorcjum, jak i potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów stanowiących załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, oferta Konsorcjum FBSerwis S.A. — Lider Ferrovial Servicios S.A — Członek konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 104 KC w myśl którego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Podkreślić należy, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu PZP, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad PZP oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione argumenty powyżej należy wskazać, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty

przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi, jak na wstępie.

Zamawiający w złożonym piśmie wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że dnia 26.09.2016 r. przekazał wykonawcom informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dnia 6.09.2016 r. – po upływie terminu na składanie odwołań w zakresie oceny wniosków i wyników kwalifikacji – przekazał zaproszenia do składania ofert wraz z specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Dnia 7.09.2016 r. tj. w dwunastym dniu od przekazania informacji o wyniku kwalifikacji odwołujący złożył prośbę o wskazanie terminu, w którym będzie możliwe udostępnienie złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z możliwością sporządzenia zdjęć.

Następnie w dniu 18.10.2016 r., w którym upływał termin składania ofert, odwołujący złożył kolejne pismo o treści analogicznej jw.

Dnia 20.10.2016 r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej z powiadomieniem wykonawców.

W kolejnym dniu – 21.10.2016 - odwołujący zapoznał się z protokołem wraz z załącznikami we wskazanym przez siebie zakresie, z wyłączeniem informacji zastrzeżonych przez innych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po ponownym wniosku, w dniu 26.10.2016 r. umożliwiono przedstawicielowi odwołującego dokonanie wglądu w dokumentację postępowania, w tym uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczących wniosku o dopuszczenie konsorcjum FB Serwis S.A.

Zamawiający zauważa, że część zarzutów odwołania odnosi się do spełniania przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz kwalifikacji wniosków i została wniesiona po terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a tym samym zarzuty dotyczące dokumentów złożonych we wniosku konsorcjum FB Serwis S.A. wniesiono z przekroczeniem terminu. Stwierdza, że odwołanie w zakresie udostępnienia protokołu z załącznikami ma służyć jedynie konwalidowaniu terminu na wniesienie odwołania w zakresie wyniku Etapu I postępowania, w szczególności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który minął z dniem 5.09.2016 r. Ponadto w zakresie tego zarzutu odwołujący nie wskazał, jaki wpływ na wynik postępowania ma lub może mieć uznanie zarzutu za zasadny. Również żądanie wykluczenia wykonawcy z postępowania wobec z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tym co do wymaganego doświadczenia w wykonywaniu usług, wykazania znajdowania się w wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, nieprawdziwych informacji zawartych w treści

wniosku, a także żądanie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego we wniosku jest wniesione po terminie liczonym od dnia 26.08.2016 r.

Zamawiający stwierdził nadto, że wśród ośmiu podniesionych zarzutów, ten ostatni nie zawiera żadnego uzasadnienia.

W dalszej części uzasadnienia swojego stanowiska zamawiający kwestionuje zasadność zarzutów i żądań odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zamawiający wskazał, co następuje.

Cena ofertowa w postępowaniu jest ceną ryczałtową. We wszystkich złożonych ofertach istnieją spore rozbieżności pomiędzy wycenami za świadczenie obsługi eksploatacyjnej i serwisu technicznego w przypadku poszczególnych systemów i instalacji. Możliwe, iż różnice wynikają zarówno z poniesionych kosztów, ale i z kalkulacji ryzyka. Odwołujący wywodzi zarzut z treści działu 1 kosztorysu ofertowego tj. systemów teletechnicznych stwierdzając, że nie jest możliwa realizacja zamówienia w tej części, bowiem nie pokrywa kosztów, jakie wykonawca będzie zobowiązany zapłacić swoim podwykonawcom: kwotę ok. 60 tys. zł firmie Siemens (wg ofert przekazanych przez firmę Siemens), kwotę ok. 18 tys. zł firmie Honeywell (wg kalkulacji wykonawcy) oraz kwotę ok. 1,5 tys. zł firmie Alcatel (wg kalkulacji wykonawcy). Stąd w ocenie odwołującego cena uwzględniająca tylko koszty w tym dziale powinna wynosić przynajmniej 79,5 tys. zł. Zamawiający zauważa, że ceny ofert w tym zakresie kształtują się od 56.131,39 zł (cena przystępującego), 62.210,80 (cena odwołującego), 47.904,40 zł (cena wykonawcy dotychczasowego - Sodexo Polska sp. z o.o.). Można zauważyć, że żadna z ofert w tym zakresie nie opiewa na minimalną kwotę wskazaną przez odwołującego. Nie ma podstaw do twierdzenia o naruszaniu uczciwej konkurencji przez zaoferowanie wskazanej ceny. Zamawiający zauważa także, że nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny na podstawie tylko wybranych elementów oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 4 stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie pewnej części oferty. Niezależnie od ryczałtowego charakteru ceny zamawiający wskazał także, że wynagrodzenie ma charakter stały w okresach miesięcznych, bez względu na zakres wykonywanych w poszczególnych okresach wymaganych przeglądów, okresowej wymiany elementów instalacji i urządzeń (np. filtrów, żarówek etc.). Ponawiając stwierdzenie o znaczących różnicach wyceny poszczególnych działów w złożonych ofertach przy jednoczesnym niewielkim zróżnicowaniu cen ofert zamawiający potwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie można mówić o jakiegokolwiek ofercie

zawierającej rażąco niską cenę. Zauważył także, iż gdyby przyjąć za podstawę ocenę wysokości ceny we wskazanym dziale, to oferta firmy Sodexo powinna zostać odrzucona z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, podczas gdy jej łączna wartość jest większa o ponad 600 tys. zł od oferty odwołującego, jak i przystępującego.

Kolejny zarzut jest związany z treścią pełnomocnictwa udzielonego Spółce Akcyjnej FB Serwis przez Ferrovial Servicios S.A. z siedzibą w Madrycie, w szczególności z brzmieniem tego fragmentu, w którym po stwierdzeniu wprowadzającym, że Mocodawca czyni FB Serwis S.A. Pełnomocnikiem w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, doprecyzowano że to umocowanie następuje „... z prawem do dokonywania w imieniu Spółki działającej samodzielnie lub wspólnie z FB Serwis w ramach ustanowionego konsorcjum..., wszelkich czynności związanych z udziałem spółki lub Konsorcjum w postępowaniu, w tym w szczególności do:...” Zastrzeżenia odwołującego budzi użycie alternatywy „lub”. Zamawiający stwierdził, że na gruncie logiki przez alternatywę rozumie się „zdanie składające się dwóch zdań połączonych spójnikiem lub (albo), wówczas prawdziwe, gdy choć jedno ze zdań składowych jest prawdziwe”. Z kolei w języku naturalnym alternatywa oznacza „dwie wykluczające się możliwości; też: konieczność wyboru między dwiema wykluczającymi się możliwościami”.

Powołane sformułowanie kwestionowanego fragmentu pełnomocnictwa nie uchybia zasadom wynikającym z uregulowań kodeksu cywilnego ani postulatом precyzyjnego redagowania pełnomocnictw składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z treści pełnomocnictwa jednoznacznie wynika, kto jest mocodawcą, a kto pełnomocnikiem. Przebieg postępowania wskazuje, że przystąpiło do niego Konsorcjum, z czego wynika, który z dwóch możliwych – człon alternatywy został zrealizowany na potrzeby tego postępowania. Drugie pełnomocnictwo, udzielone przez FB Serwis S.A. działającą jako lider Konsorcjum trzem wymienionym osobom fizycznym, umocowanym do jednoosobowego reprezentowania członków konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Już to sformułowanie oznacza, że umocowanie obejmuje wszystkie czynności wymagane bądź dopuszczone przepisami w takim postępowaniu. Co więcej, jak stwierdził zamawiający, przy redagowaniu pełnomocnictwa nie wybrano formuły wyliczenia enumeratywnego, która oznaczałaby zamknięty katalog czynności pełnomocnika, lecz posłużono się katalogiem otwartym, na co wskazuje zastosowanie zwrotu „... w tym w szczególności...” W tym kontekście próba podważenia umocowania do potwierdzania za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów będących załącznikami nie tylko do oferty Konsorcjum, lecz także dokumentów będących załącznikami do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zasługuje na akceptację.

Ponadto, nawet gdy pozostanie się na gruncie samego wyliczenia zawartego w pełnomocnictwie, trzeba zauważyć, że po wymienieniu w tym katalogu „...składania oświadczeń wiedzy w imieniu wykonawcy...” już w następnym wierszu mowa jest o składaniu „niezbędnych oświadczeń...”. W kontekście pozostałej treści te „oświadczenia” są oświadczeniami woli odróżnianymi wyraźnie od oświadczeń wiedzy. W świetle powyższego zamawiający nie godzi się ze stanowiskiem odwołującego, że oferta konsorcjum jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów prawnych i że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 104 kc. Co do ostatniego przepisu zamawiający podkreśla, że nie zaszło ani działanie bez umocowania, ani jego przekroczenie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp zamawiający zauważa brak uzasadnienia tego zarzutu, w tym brak wskazania konkretnej czynności zamawiającego i brak możliwości odniesienia do tak ogólnego stwierdzenia bez konkretyzacja na gruncie szczegółowych przepisów ustawy pzp. W związku z powyższym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Ponadto wniósł o:

1/ pozostawienie bez rozpoznania względnie o odrzucenie odwołania we wskazanym zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 – 4 oraz pkt 7 petitum odwołania tj. dotyczących naruszenia:

1) art. 96 ust. 3 PZP w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozp. PRM z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458),

2) art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 8 ust 1-3 PZP ,

3) art. 26 ust. 2 pkt 4 PZP , ,

4) art. 26 ust 2 pkt 3 PZP ,

7) art. 89 ust 1 pkt 8 PZP które to zarzuty zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie – art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i jako takie rozpoznawane być nie mogą.

2/ pozostawienie bez rozpoznania zarzutu podniesionego w pkt 8 petitum odwołania dotyczącego rzekomego naruszenia art. 7 ust 1 PZP, bowiem zarzut ten nie został w żaden sposób umotywowany, a odwołujący nie określił podstawy faktycznej tego zarzutu, bowiem nie skonkretyzował na czym miałyby polegać naruszenie wyrażonej w przepisie zasady.

Uzasadniając wniosek o pozostawienie zarzutów bez rozpoznania uczestnik wskazał na ustawowy termin wniesienie odwołania określony w art. 180 ust. 1 pkt 1 liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego.

Jak sam odwołujący wskazuje, obowiązkiem zamawiającego było udostępnienie wnioskowanych informacji po zgłoszeniu wniosku; w razie braku udostępnienia zaniechanie zamawiającego mogło być skarżone w terminie z art. 182 ust. 3 pkt 1. W sprawie rozpoznawanej odwołujący biernie oczekiwał na udostępnienie mu dokumentów aż 45 dni od złożenia wniosku, co dalece wykracza poza ramy pojęcia „niezwłocznego” podjęcia żądanej czynności. Tym samym odwołanie w zakresie tego zarzutu powinno być odrzucone. Biorąc pod uwagę praktykę orzecniczą, zgodnie z którą odrzucenie może dotyczyć jedynie całości odwołania, należy przyjąć, że zarzut omawiany nie podlega rozpoznaniu w ramach postępowania odwoławczego.

Zarzuty podniesione w pkt 2-4 i 7 petitum odwołania należy uznać za spóźnione z analogicznych względów. Przystępujący przypomina, że już od dnia 26.08.2016 r. tj. przekazania informacji o wynikach oceny warunków udziału w postępowaniu odwołujący mógł żądać udostępnienia zastrzeżonych dokumentów. Dopiero w dwunastym dniu od tego terminu (7.09.2016 r.) zwrócił się z wnioskiem o umożliwienie zapoznania z dokumentacją, której odtajnienia obecnie się domaga.

Tym samym odwołujący z dniem 5 września 2016 r. tj. z upływem 10-dniowego termin na podniesienie zarzutów dotyczących oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz braku ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego) odwołujący stracił formalną możliwość kwestionowania:

- braku odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w dokumentach załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- prawdziwości informacji podanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- treści dokumentów dołączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia oraz pełnomocnictw.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania przystępujący wskazał, co następuje:

1/ Niezależnie od wcześniejszej argumentacji tj. złożenia wniosku o udostępnienie po upływie terminu na ewentualne kwestionowanie poprawności wniosków, podnoszone naruszenie polegające na późnym udostępnieniu odwołującemu dokumentacji nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania (vide art. 192 ust. 2 ustawy pzp)

2/ zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nie tylko spóźniony, ale również niezasadny, co dotyczy warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, polisy ubezpieczenia OC, opinii

bankowej i nieprawdziwych informacji zawartych w oświadczeniu złożonym z wnioskiem co do sposobu realizacji usług;

3/ Zarzut dotyczący zaofiarowania ceny rażąco niskiej powiązany z zarzutem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zostały podniesione z zachowaniem terminu, jednak są niezasadne.

Przystępujący zauważa przy tym, że niemożliwe jest odrzucenie oferty bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zatem podniesiony zarzut jest przedwczesny i jako taki podlega oddaleniu, gdyż brak jest zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zauważa, że odwołujący próbuje dowodzić, iż rażąco niska jest tylko część ceny ofertowej stanowiąca zaledwie ok. 36,3% całej ceny. Stwierdza także, że cena przystępującego jest niższa od ceny odwołującego zaledwie o 47 796,43 zł czyli jedynie o ok. 0,5%. Kwestionuje także podaną przez odwołującego minimalną kwotę wynagrodzenia za systemy teletechniczne. Stwierdza, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby podnoszone przez niego „zaniżenie” części ceny ofertowej spełniało przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

4/ W zakresie zarzutu dotyczącego pełnomocnictwa przystępujący zauważa, że uwzględniając funkcję spójnika „lub” stanowiącego alternatywę łączną, przyjęć należy, że tak określone umocowanie oznacza prawo do składania w imieniu Ferrovial Servicios S.A. oświadczeń tak samodzielnie, jak i wspólnie z tym podmiotem.

Odnosnie drugiego pełnomocnictwa zauważa, że pełnomocnictwo ma charakter rodzajowy, a nie do poszczególnych czynności. Umocowanie do składania oświadczeń wiedzy stanowi jedynie dodatkowe oświadczenie w stosunku do podstawowego kategorycznego stwierdzenia, iż osoby wskazane w treści pełnomocnictwa zostają upoważnione do jednoosobowego reprezentowania partnerów konsorcjum przystępującego w toku Postępowania. Wskazane uprawnienie do „składania oświadczeń wiedzy” zostało wymienione w katalogu otwartym, obejmującym również i takie czynności, jak składanie wszelkich „oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji i wyjaśnień”, podpisywania dokumentacji”, czy „podpisanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty”

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska przedstawione na piśmie i złożyli dodatkowe oświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że na pierwszym etapie postępowanie nie miał interesu prawnego w kwestionowaniu spełnienia warunków udziału przez pozostałych konkurentów. Interes taki ujawnił się po wyborze najkorzystniejszej oferty i uzyskaniu dostępu do dokumentacji

postępowania. Podkreślił, że nie udostępniono mu dokumentacji w dogodnym terminie mimo złożenia wniosku 7 września ze wskazaniem formy udostępnienia tj. sporządzenie zdjęć. Wskazał na brak rzeczywistego uzasadnienia zasadności zastrzeżenia informacji wybranego Wykonawcy, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał na poprawny sposób takiego uzasadnienia we własnym wniosku. Podtrzymał zarzuty niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Z przedstawionych usług referencyjnych Wykonawca potwierdził jedynie warunek obsługi szpitala. Przy braku potwierdzenia takiego warunku w odniesieniu do budynku biurowego wymieniony przez Zamawiającego obiekt Centrum Przetwarzania Danych nie mieści się w kategorii PKOB 1220, lecz w ocenie Odwołującego w kategorii 1241. Przedstawiona polisa OC nie odnosi się do przedmiotu zamówienia ani przedmiotu działalności ujawnionego w KRS. Zauważył, że w treści polisy nie opisano rodzaju działalności. Podtrzymał zarzut dotyczący braku wymaganej informacji o środkach finansowych zauważając, iż informacja zawiera wskazanie kwoty 7 000 000 złotych (po stronie kredytowej). Podtrzymując zarzut złożenia nieprawdziwych informacji zauważył, że o ile na etapie składania wniosków wystarczająca była wymagana informacja o autoryzowanych lub certyfikowanych podmiotach, to na etapie składania oferty Wykonawca musiał dysponować informacjami cenowymi od podwykonawców na potrzeby skalkulowania oferty cenowej. Powinien także w tej dacie dysponować zobowiązaniami podmiotów mających wykonywać usługi. Złożył do akt pismo firmy Simens i własną umowę o współpracę z tą firmą. Na potwierdzenie zarzutów 5 i 6 złożył korespondencje z firmą Simens, z której wynika miesięczna cena usługi 61 340,00 zł (po przeliczeniu ceny za kwartał). Wskazał na kwoty w ofercie Przystępującego, ceny w kosztorysie systemów teletechnicznych w tym niezbędne do wykonania przez podwykonawców np. poz. 1.1 Honeywell – 18 527,43 zł przy cenie dla wszystkich systemów w ofercie 56 131,39 zł. Stwierdził, że ewentualny rabat w firmie Simens nie przekracza 5%. Podkreślił znaczenie ceny firmy producenckiej i jej znaczenie przy kalkulacji, a jednocześnie niemożliwość jej ujęcia w innych pozycjach z uwagi na możliwość rezygnacji z niektórych zakresów usług przez Zamawiającego. Złożył korespondencję z firmą Honeywell oraz zobowiązanie tego podmiotu. Zauważył, że nie miał powodu analizować cen innych wykonawców, w tym w firmy Sodexo wymienionej w odpowiedzi na odwołanie. Podtrzymał zarzut dotyczący wadliwość pełnomocnictwa wybranego Wykonawcy. Wniósł o odtajnienie zastrzeżonych przez Przystępującego informacji zawartych w złożonym na rozprawie piśmie. Stwierdził, że uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, lakoniczne i narusza zasady jawności. Ponownie stwierdził, że jako Wykonawca zakwalifikowany do drugiego etapu miał

interes w podnoszeniu zarzutu na etapie wyboru oferty, a nie wcześniej. Podtrzymał pozostałe zarzuty z argumentacją jak w piśmie i na rozprawie.

Zamawiający wskazał na stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Przypomniał przebieg zdarzeń w postępowaniu w pierwszym i drugim etapie. Podkreślił, że zarzuty od 1 do 4 zostały podniesione z uchybieniem terminu i w związku z tym wnosi o ich nierozpatrywanie. Przypomniał treść warunków udziału, w tym dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz charakteru ubezpieczenia OC. Podniósł, iż Odwołujący dokonuje w tym zakresie własnej interpretacji warunków. Powyższe dotyczy także niezawartego w dokumentacji wymogu dysponowania w chwili złożenia oferty umowami podwykonawczymi. Zauważył, że oświadczenia dotyczące zdarzeń przyszłych nie mogą być oceniane pod względem niezgodności z prawdą. Złożył kopie korespondencji prowadzoną z firmą Siemens. Co do jej kontaktów z oferentami podniósł brak dowodu ze strony Odwołującego. Co do wysokości zaoferowanej ceny stwierdził, że na rynku istnieją także inne firmy niż wskazana w odwołaniu, dysponujące certyfikatami lub autoryzacją producenta z możliwością zaoferowaniu innej ceny w wyniku negocjacji. Jednym z takich podmiotów, ale nie jedynym, jest firma Siemens Sp. z o. o. w Warszawie. Zauważył, że ceny przedstawione także przez Odwołującego są informacją cenową i podlegają negocjacji. Przypomina wysokość cen ofertowych w postępowaniu. Zauważył, że zaistniała potrzeba postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy. Złożył do akt zestawienie cen i elementów cenowych w złożonych ofertach, wskazując na różnicę ich wysokości, w szczególności na ofertę Przystępującego i Odwołującego i przypomniał, że kryterium oceny stanowiła cena ofertowa, a nie jej składowe. Zauważył, że czynność odrzucenia oferty, jako zawierającej cenę rażąco niską musi być poprzedzona postępowaniem wyjaśniającym, czego Odwołujący nie zauważa. Również inne braki w ofercie podlegają uprzedniej procedurze z art. 26 ust. 3 ustawy. Zakwestionował sposób klasyfikacji przez Odwołującego budynku Centrum Przetwarzania Danych, który co do zasady jest obiektem biurowym. Uznał za w pełni prawidłowe pełnomocnictwo złożone przez Przystępującego. Stwierdził dodatkowo, że firma Siemens Sp. z o. o. w Warszawie nie jest producentem tego systemu teletechnicznego

Przystępujący wniósł o pominięcie rozpatrzenia zarzutów 1 – 4 oraz 7 (7 dotyczy pełnomocnictwa), jako wniesionych z uchybieniem terminu oraz 8 wobec braku uzasadnienia. Poparł argumentację przedstawioną przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron i uczestnika, uwzględniając stanowiska przedstawione na piśmie i do

protokołu rozprawy, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, zważyła, co następuje.

Skład orzekający wskazuje na niesporną okoliczność, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą zarzuty podniesione przez odwołującego, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, który jest postępowaniem dwuetapowym, w którym, zgodnie z art. 47 ustawy pzp, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty składają wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w określonej liczbie.

O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W sprawie rozpoznawanej zamawiający dnia 26 sierpnia 2016 r. przekazał wykonawcom informację o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Od tego dnia rozpoczął bieg dziesięciodniowy termin ustawowy z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp na składanie odwołań w zakresie czynności oceny wniosków i wyników kwalifikacji podmiotowej – dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; termin ten upłynął dnia 5 września 2016 r.

Tym samym, jak zasadnie zauważył zamawiający i przystępujący zarzuty dotyczące dokumentów złożonych we wniosku konsorcjum FB Serwis S.A. wniesiono z przekroczeniem terminu. Wskutek tego, przyjmując, że odrzucenie odwołania jest możliwe na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jeżeli wszystkie zarzuty odwołania poniesiono po terminie, skład orzekający stwierdza z zastosowaniem per analogiam wskazanego przepisu ustawy, że nie podlegają rozpoznaniu zarzuty odnoszone do treści wniosku przystępującego i wyniku jego oceny przez zamawiającego. Dotyczy to zarzutów naruszenia art. 26 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy (jak wynika z treści zarzut dotyczy art. 24 a nie 26), art. 96 ust. 3 ustawy pzp w zw. z § 5 ust. 1 i 5 dot. udostępnienie wniosku o dopuszczenie do udziału, art. 96 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust 1-3 ustawy pzp.

Tym samym w omawianym zakresie orzeczono zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, np. w wyroku *KIO z dnia 27 października 2015 r. Sygn. akt: KIO 2191/15, gdzie stwierdzono, iż* Odwołanie, zawierające zarzuty, które samodzielnie postawione wywoływałyby skutek w postaci odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie podlega „częściowemu odrzuceniu”, w tym zakresie, w jakim co do poszczególnych zarzutów zachodzą podstawy wymienione w tym przepisie, ale te zarzuty nie podlegają rozpatrzeniu. Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych

przewidział regulacje, w których Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest zakończyć postępowanie odwoławcze bez jego merytorycznego rozpatrzenia, wydając odpowiednie postanowienie [o odrzuceniu odwołania, umorzeniu postępowania odwoławczego] tylko wtedy, gdy zachodzi całkowity brak potrzeby wydania rozstrzygnięcia merytorycznego. Całokształt regulacji zawartych w ustawie wskazuje, że jeśli w danym postępowaniu odwoławczym postawiono zarzuty podlegające rozpatrzeniu, a także takie, co do których zachodzi niemożność orzekania [przykładowo, zachodzą wobec nich stany, co do których odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy] albo które stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe [zarzuty wycofane a także zarzuty uwzględnione przez zamawiającego], Izba obowiązana jest wydać orzeczenie merytoryczne w takim zakresie, jaki jest dopuszczalny i sporny między stronami.

Regulacja ta przewiduje zatem obowiązek odrzucenia odwołania, jeśli wszystkie postawione zarzuty objęte są dyspozycją art. 189 ust. 2 ustawy, bowiem w takim wypadku orzeczenie merytoryczne jest niedopuszczalne. (...)

Stanowisko powyższe jest aprobowane w orzecznictwie. Przykładowo, w odniesieniu do zarzutów niepodlegających rozpoznaniu z uwagi na wystąpienie podstaw do odrzucenia odwołania, w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15, niepubl. zostało zaakcentowane: „[...] zarzut ten – jako spóźniony nie powinien być przez Izbę uwzględniony, gdyż wobec upływu zawitego terminu do jego wniesienia uprawnienie w tym względzie wygasło. Gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 P.z.p., odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozostawiony bez rozpoznania. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. KIO 61/14, iż przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1–3 i art. 189 ust. 3 P.z.p., bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego udostępnienia złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz treści zastrzeżonych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa ocena zasadności zarzutu z uwagi na przebieg kolejnych czynności i ich wynik, niezależnie od podjętych przez odwołującego aktów staranności, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co pozostaje w związku z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

Zarzut dotyczący zaferowania ceny rażąco niskiej ściśle powiązany z zarzutem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zostały podniesione z zachowaniem terminu, jednak w ocenie składu orzekającego są one oba niezasadne. Zarzut zasadniczo nie jest przedwczesny, jedynie jego ewentualne uwzględnienie nie skutkowałoby nakazaniem odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, lecz nakazaniem przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Tym niemniej, w ocenie Izby odwołujący nie dowiódł, iż rażąco niska jest tylko część ceny ofertowej stanowiąca zaledwie ok. 36,3% całej ceny i ma to wpływ bezpośredni na ocenę całości ryczałtowej ceny ofertowej. Można zauważyć, że cena przystępującego jest niższa od ceny odwołującego zaledwie o 47 796,43 zł czyli jedynie o ok. 0,5%. Ponadto niesporne jest, że we wszystkich złożonych ofertach istnieją spore rozbieżności pomiędzy wycenami za świadczenie obsługi eksploatacyjnej i serwisu technicznego w przypadku poszczególnych systemów i instalacji. Odwołujący wywodzi zarzut z treści działu 1 kosztorysu ofertowego tj. systemów teletechnicznych stwierdzając, że nie jest możliwa realizacja zamówienia w tej części, bowiem nie pokrywa kosztów, jakie wykonawca będzie zobowiązany zapłacić swoim podwykonawcom: kwotę ok. 60 tys. zł firmie Siemens (wg ofert przekazanych przez firmę Siemens), kwotę ok. 18 tys. zł firmie Honeywell (wg kalkulacji wykonawcy) oraz kwotę ok. 1,5 tys. zł firmie Alcatel (wg kalkulacji wykonawcy). Stąd w ocenie odwołującego cena uwzględniająca tylko koszty w tym dziale powinna wynosić przynajmniej 79,5 tys. zł. Można zauważyć, że ceny ofert w tym zakresie kształtują się od 56.131.39 zł (cena przystępującego), 62.210,80 (cena odwołującego), 47.904,40 zł (cena wykonawcy dotychczasowego - Sodexo Polska sp. z o.o.). Żadna z ofert w tym zakresie nie opiewa na minimalną kwotę wskazaną przez odwołującego. Nie ma przy tym podstaw do twierdzenia o naruszaniu uczciwej konkurencji przez zaferowanie wskazanej ceny. Można na koniec zauważyć, że przyjęta przez odwołującego metoda dowodzenia ceny noszącej znamiona rażąco niskiej, wywiedziona z kosztu jednego elementu (dział teletechniczny) prowadziłyby do absurdalnego wniosku, iż to oferta firmy Sodexo powinna zostać odrzucona z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny, podczas gdy jej łączna wartość jest większa o ponad 600 tys. zł od oferty odwołującego, jak i przystępującego. Brak jest także dowodu, aby podnoszone przez odwołującego „zaniżenie” części ceny ofertowej przystępującego spełniało przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Z treści pełnomocnictwa, które zostało użyte przez przystępującego w złożonej ofercie, a zatem treść, którego stanowi przedmiot rozpoznania przez Izbę, jednoznacznie wynika, kto jest mocodawcą, a kto pełnomocnikiem. Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie wskazuje, że przystąpiło do niego Konsorcjum, z czego wynika, który z dwóch możliwych – członek alternatywy został zrealizowany na potrzeby tego postępowania.

Drugie pełnomocnictwo, udzielone przez FB Serwis S.A., spółkę działającą jako lider Konsorcjum, trzem wymienionym osobom fizycznym, umocowanym do jednoosobowego reprezentowania członków konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Już to sformułowanie oznacza, że umocowanie obejmuje wszystkie czynności wymagane bądź dopuszczone przepisami w takim postępowaniu. Co więcej, przy redagowaniu pełnomocnictwa nie wybrano formuły wyliczenia enumeratywnego, która oznaczałaby zamknięty katalog czynności pełnomocnika, lecz posłużono się katalogiem otwartym, na co wskazuje zastosowanie zwrotu „... w tym w szczególności...” W tym kontekście podważanie umocowania do działania wobec stwierdzeń o potwierdzaniu za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów będących załącznikami nie tylko do oferty Konsorcjum, lecz także dokumentów będących załącznikami do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zasługuje na akceptację. Ponadto, nawet gdy pozostanie się na gruncie samego wyliczenia zawartego w pełnomocnictwie, trzeba zauważyć, że po wymienieniu w tym katalogu „...składania oświadczeń wiedzy w imieniu wykonawcy...” już w następnym wierszu mowa jest o składaniu „niezbędnych oświadczeń...”. W kontekście pozostałej treści te „oświadczenia” są oświadczeniami woli. W świetle powyższego niezasadne jest stanowisko odwołującego, że oferta konsorcjum jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów prawnych i że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 104 kc. Należy podkreślić, że nie zaszło ani działanie bez umocowania, ani jego przekroczenie.

Można również zauważyć, co do drugiego pełnomocnictwa udzielonego osobom fizycznym, że pełnomocnictwo to ma charakter rodzajowy, a nie do poszczególnych czynności. Umocowanie do składania oświadczeń wiedzy stanowi jedynie dodatkowe oświadczenie w stosunku do podstawowego kategorycznego stwierdzenia, iż osoby wskazane w treści pełnomocnictwa zostają upoważnione do jednoosobowego reprezentowania partnerów konsorcjum przystępującego w toku Postępowania. Wskazane uprawnienie do „składania oświadczeń wiedzy” zostało wymienione w katalogu otwartym, obejmującym również i takie czynności, jak składanie wszelkich „oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji i wyjaśnień”, podpisywania dokumentacji”, czy „podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty”.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....