

**WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TERLAN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i P. W.** w postępowaniu prowadzonym przez **AQUANET Spółkę Akcyjną w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **HYDROWODKAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **AQUANET Spółce Akcyjnej w Poznaniu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy **HYDROWODKAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża **AQUANET Spółkę Akcyjną w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TERLAN Spółkę z**

**ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i P. W.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **AQUANET Spółki Akcyjnej w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TERLAN Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i P. W.** kwotę **18 765 zł 10 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – AQUANET SA w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na eksploatację przepompowni ścieków oraz sieci kanalizacyjnej na terenie gmin Swarzędz, Czerwonak, Murowana Goślina, Pobiedziska, Skoki.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 sierpnia 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TERLAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i P. W. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. ocenie ofert I wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy HYDROWODKAN sp. z o.o. (dalej: przystępujący),
2. zaniechaniu wykluczenia przystępującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunków ubiegania się o zamówienie,
3. zaniechaniu wykluczenia przystępującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe Informacje dotyczące udostępnieniu mu zasobów przez podmiot trzeci tj. przez AJP sp. z o.o. (dalej jako „AJP”),
4. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej w swej treści z treścią specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (dalej jako „s.i.w.z.”), albowiem pomimo takiego wymogu wykonawca ten nie wskazał okresu gwarancji jakim jest związany,
5. zaniechaniu dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucili naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem

warunków ubiegania się o zamówienie, albowiem złożone przez niego, w celu potwierdzenia tych warunków, oświadczenie podmiotu trzeciego AJP:

a) nie potwierdza realnego charakteru udostępnienia niezbędnych zasobów w postaci wymaganej wiedzy i doświadczenia,

b) nie potwierdza dysponowania przez przystępującego zasobami AJP najpóźniej na dzień składania ofert,

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące udostępnieniu mu zasobów przez podmiot trzeci tj. przez AJP, albowiem oświadczenie to ma charakter jedynie pozorny,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej w swej treści z treścią s.i.w.z., albowiem, pomimo takiego wymogu, wykonawca ten nie wskazał okresu gwarancji jakim jest związany.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty przystępującego,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i:

1) wykluczenia przystępującego, ze względu na:

a) nie wykazanie spełniania warunków ubiegania się o zamówienie ze względu na to, że udostępnienie zasobu przez AJP nie ma charakteru realnego oraz nie wykazuje, aby udostępnienie to miało miejsce najpóźniej na dzień składania ofert,

b) zawarcie w ofercie nieprawdziwych informacji mające wpływ na wynik postępowania, a dotyczące udostępnienia zasobu przez AJP

2) odrzucenia oferty przystępującego, ze względu na to, że:

a) została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

b) jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., albowiem nie wskazuje okresu gwarancji jakim jest związany ten wykonawca,

4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

Odwołujący wskazał, że jego interes w złożeniu niniejszego odwołania jest bezsporny, albowiem oferta odwołującego jest drugą w klasyfikacji. W konsekwencji gdyby zamawiający wykluczył przystępującego oraz odrzucił jego ofertę wówczas to do realizacji zamówienia wybrany zostałby odwołujący. Dokonane przez zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na brak realności udostępnienia zasobu odwołujący podniósł, że przedłożone do oferty zobowiązanie AJP do udostępnienia potencjału przystępującemu z dnia 14 kwietnia 2015 roku, w celu wykazania przez ten podmiot spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest udostępnieniem realnym. Oświadczenie to ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, iż AJP będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy udostępniając kadrę techniczną oraz sprzęt w niezbędnym zakresie przy realizacji przedmiotowego zadania. W ocenie odwołującego udostępnienie nie ma charakteru realnego i jest bardzo ogólne. Po pierwsze nie określa ono jakiego rodzaju prace ma wykonywać AJP i na czym ma owo podwykonawstwo polegać. Po drugie, nie określa w jakiej części (zakresie) zamówienia AJP ma udostępnić swojej zasoby.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż udostępnienie to miało na celu wykazanie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania lub wykonywania:

- a) minimum 1 usługi polegającej na eksploatacji i serwisie kanalizacji sanitarnej o następujących parametrach:

rodzaj kanalizacji sanitarnej: grawitacyjna, tłoczna; długość eksploatowanego systemu: min. 50 km; ilość przepompowni w eksploatowanym systemie: min. 30 szt., w tym przynajmniej jednej o minimalnej mocy pompy 10 kW.

i

- b) minimum 5 napraw lub remontów urządzeń mechanicznych (zatapialnych pomp ściekowych) i układów elektrycznych w przepompowniach ścieków.

Przystępujący nie dysponował w ogóle takim doświadczeniem, w pełni polegając na potencjale AJP. Udział podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w powyższym zakresie powinien być więc rzeczywisty, a nie ograniczać się do niejasnego i nieprecyzyjnego oświadczenia. Złożone przez przystępującego zobowiązanie nie jest realne, co z resztą potwierdził sam zamawiający wzywając tego wykonawcę do sprecyzowania zakresu udziału AJP w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący złożył wprawdzie dokument w postaci umowy wstępnej, ale w ocenie odwołującego również ten dokument ogranicza się do ogólnych stwierdzeń, iż udostępnienie potencjału polegać będzie na ogólnych konsultacjach udzielanych przez AJP i to wyłącznie w razie potrzeb. Takie sformułowanie wskazuje wyraźnie, iż ma ono charakter wyłącznie pozorny.

W zakresie uzasadnienia zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na brak wykazania udostępnienia zasobu nie później niż na dzień składania ofert odwołujący podniósł, że przystępujący do swojej oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego - AJP, które to później w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zostało zmienione poprzez załączoną umowę wstępną, z której wynika, iż zakres współpracy ogranicza się wyłącznie do doradztwa technicznego polegającego na:

- udzielaniu pisemnych i telefonicznych wyjaśnień pracownikom przystępującego,
- przyjazdu we wskazane miejsce w celu udzielenia pomocy w zakresie określenia sposobu usuwania awarii
- doradztwie w zakresie prowadzenia dokumentacji technicznej.

W ocenie odwołującego, pomijając wspomniany wcześniej fakt, iż umowa ta nie potwierdza realności udostępnienia potencjału, to nawet gdyby przyjąć pogląd przeciwny i tak zobowiązanie to nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Przedłożona bowiem przez przystępującego umowa wstępna zawarta została w dniu 23 lipca 2015 roku. Zawarcie tej umowy nastąpiło więc po terminie składania ofert, który to upłynął w dniu 20 kwietnia 2015 roku. Oznacza to, iż dokument, który miał wskazywać szczegółowy charakter współpracy stron nie może być wzięty pod uwagę, gdyż dotyczy on okresu po otwarciu ofert. Oznacza to, iż w świetle faktu, iż pierwotne zobowiązanie AJP bezsprzecznie nie było realne, przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, odwołujący podniósł, że w załączonym do oferty przystępującego zobowiązaniu spółka AJP oświadczyła, iż podmiot udostępniający swoje zasoby będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy udostępniając kadrę techniczną oraz sprzęt w niezbędnym zakresie przy realizacji przedmiotowego zadania. W sytuacji, w której zamawiający podjął wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, przystępujący sporządził wyjaśnienie, w którym w żaden sposób nie ujął kosztów współpracy z przystępującym. Gdy zamawiający odrzucił ofertę przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę, podmiot ten w odwołaniu (strona 7-8) oraz na rozprawie twierdził, iż podwykonawstwo w pierwotnym zakresie dotyczy wyłącznie konsultacji, zmieniając tym samym całkowicie treść pierwotnego zobowiązania AJP. W efekcie w późniejszym etapie w odpowiedzi na wezwania zamawiającego co do treści zobowiązania AJP, przystępujący przedłożył umowę wstępną, z której wynika, iż zakres współpracy ogranicza się wyłącznie do doradztwa technicznego polegającego na:

- udzielaniu pisemnych i telefonicznych wyjaśnień pracownikom przystępującego,
- przyjazdu we wskazane miejsce w celu udzielenia pomocy w zakresie określenia sposobu usuwania awarii
- doradztwie w zakresie prowadzenia dokumentacji technicznej.

W ocenie odwołującego treść oświadczenia zawartego w odwołaniu oraz wyżej wskazanej umowy pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią wcześniejszego zobowiązania. Nie obejmuje ona bowiem realnego podwykonawstwa oraz pierwotnie deklarowanego udostępnienia sprzętu, ograniczając się jedynie do ogólnego doradztwa i to tylko w razie zaistnienia takiej potrzeby. Stanowi ona istotne ograniczenie zakresu współpracy w stosunku do pierwotnych ustaleń (wynikających z załączonego do oferty zobowiązania), co wynikało z faktu konieczności wykazywania przez przystępującego braku istnienia przesłanek do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Podmiot ten poprzez ograniczenie zakresu próbował uzasadniać, iż koszty udostępnienia są znacznie niższe. W ocenie odwołującego, przystępujący umyślnie i świadomie wprowadził zamawiającego w błąd odnośnie zakresu udostępnienia. Oświadczenie miało wyłącznie charakter pozorny. Udział tego podmiotu sprowadzał się wyłącznie do złożenia zobowiązania w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu bez jakiegokolwiek zamiaru uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Przystępujący powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 P.z.p.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ze względu na sprzeczność z treścią s.i.w.z., odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią s.i.w.z., wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli wskazać proponowany okres gwarancji, przy czym okres ten nie mógł być krótszy niż 24 miesiące. Stosownie natomiast do treści punktu 4.2. ppkt. j części III s.i.w.z., wykonawca w zakresie przedmiotu zamówienia, zobowiązany był do udzielenia gwarancji na roboty w zakresie naprawy sieci kanalizacyjnej na okres:

- a) Opcja I : 24 miesiący od podpisania protokołu odbioru robót załącznik nr 9
- b) Opcja II : 36 miesiący od podpisania protokołu odbioru robót załącznik nr 9

„Potwierdzenie przyjęcia powyższego zobowiązania w wybranej opcji wykonawca określi w formie oświadczenia złożonego do oferty.”

Tymczasem przystępujący nie złożył żadnego oświadczenia odnośnie okresu udzielanej gwarancji. Pomimo tego zamawiający uznał, iż udzielił on gwarancji na okres minimalny 24 miesiący. Odwołujący przyznał za to 0 punktów i nie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego.

W ocenie odwołującego powyższe działanie uznać należy za błędne. Przytoczona wyżej treść s.i.w.z. jest jasna i wskazuje wyraźnie, iż wykonawcy zobowiązani byli do złożenia stosownego oświadczenia w zakresie okresu gwarancji, niezależnie od tego czy udzielali gwarancji na okres minimalny czy też dłuższy.

W ocenie przystępującego nie można w sposób dowolny, jak to czyni zamawiający, interpretować treści oferty przystępującego i domniemywać minimalnego okresu gwarancji udzielanej przez ten podmiot. Działanie takie jest bowiem sprzeczne z jasnymi wymaganiami zawartymi przez samego zamawiającego w s.i.w.z..

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przeciwieństwie do rękojmi, źródłem gwarancji jest umowa stron, a nie ustawa. Tak więc to od ustaleń samych stron zależy okres gwarancji i warunki na jakich zostanie ona udzielona. Ustalenia w zakresie udzielenia gwarancji powinny być więc wyraźne a nie domniemane, dlatego też oferta przystępującego jest sprzeczna z s.i.w.z. i jako taka powinna zostać odrzucona.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie i nie odniósł się do zarzutów odwołania.



Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca HYDROWODKAN Sp. z o.o. w Poznaniu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, stwierdzając, że zarzuty odwołania są bezzasadne i nie mogą się ostać.

Przystępujący podniósł, że w sposób prawidłowy przedłożył wymagane przez zamawiającego dokumenty, które są zgodne z wymogami zawartymi w s.i.w.z. oraz przepisami ustawy P.z.p. i należycie wykazał spełnienie wszystkich warunków do uzyskania przedmiotu postępowania.

W ocenie przystępującego, twierdzenie odwołującego o rzekomym braku realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego, jak również umyślnym i świadomym wprowadzeniu w błąd odnośnie zakresu udostępnienia przez przystępującego, a także sprzeczność oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie gwarancji, są gołosłowne i stanowią dowolną polemikę, a właściwie niedozwolone spekulacje z prawidłowymi ustaleniami zamawiającego w kwestionowanym zakresie. W szczególności nie wytrzymuje krytyki twierdzenie odwołującego o naruszeniu przez przystępującego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. o złożeniu przez niego nieprawdziwej informacji w zakresie udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, tym bardziej, że na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego racjonalnego dowodu.

Na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2015 roku przystępujący stwierdził, że zarzuty odwołania są spóźnione. Stan faktyczny był bowiem znany odwołującemu w momencie zgłaszania przystąpienia do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 1147/15, w którym odwołanie zostało wniesione w dniu 1 czerwca 2015 roku.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt. 21.2 s.i.w.z., oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o kryteria:

- najniższa cena brutto oferty (cena C – 95%),
- okres gwarancji – Gw - (minimalnie 24 miesiące, maksymalnie - 36 miesięcy) – 5% za zaferowanie 36- miesięcznego okresu gwarancji.

Stosownie do treści punktu 4.2. ppkt. j części III s.i.w.z., wykonawca w zakresie przedmiotu zamówienia, zobowiązany był do udzielenia gwarancji na roboty w zakresie naprawy sieci kanalizacyjnej na okres:

- a) Opcja I : 24 miesiący od podpisania protokołu odbioru robót załącznik nr 9

b) Opcja II : 36 miesięcy od podpisania protokołu odbioru robót załącznik nr 9

„Potwierdzenie przyjęcia powyższego zobowiązania w wybranej opcji wykonawca określi w formie oświadczenia złożonego do oferty.”

Stosownie do treści § 4 ust. 1 wzoru umowy - Oświadczenia i zobowiązania Wykonawcy - na wykonane prace objęte umową wykonawca udziela gwarancji na okres .....(min. 24 miesiące) miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru robót, którego wzór stanowi załącznik nr 9 do s.i.w.z.

Przystępujący nie złożył żadnego oświadczenia odnośnie okresu udzielanej gwarancji. Zamawiający uznał, iż udzielił on gwarancji na okres minimalny 24 miesięcy i przyznał mu 0 punktów w kryterium okresu gwarancji.

Zamawiający w s.i.w.z. postawił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania lub wykonywania:

a) minimum 1 usługi polegającej na eksploatacji i serwisie kanalizacji sanitarnej o następujących parametrach:

rodzaj kanalizacji sanitarnej: grawitacyjna, tłoczna; długość eksploatowanego systemu: min. 50 km; ilość przepompowni w eksploatowanym systemie: min. 30 szt., w tym przynajmniej jednej o minimalnej mocy pompy 10 kW.

i

b) minimum 5 napraw lub remontów urządzeń mechanicznych (zatapialnych pomp ściekowych) i układów elektrycznych w przepompowniach ścieków.

Zgodnie z pkt. 9.4 s.i.w.z., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zgodnie z pkt. 9.6 s.i.w.z., zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie firmy AJP Sp. z o.o. w Poznaniu o oddaniu do dyspozycji wykonawcy swojej wiedzy i doświadczenia niezbędnego w zakresie realizacji zamówienia, polegające na uczestnictwie w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez udostępnienie kadry technicznej oraz sprzętu w niezbędnym zakresie przy realizacji przedmiotowego zadania.

Pismem z dnia 21 lipca 2015 roku zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego oraz referencji. Podniósł, że z załączonego do oferty zobowiązania nie wynika, w jakiej części podmiot trzeci będzie podwykonawcą przedmiotowego zamówienia. Brak wskazania zakresu robót i czynności, jakie będą wykonywane w ramach podwykonawstwa oraz co podmiot trzeci, udostępniający swe zasoby w ogóle rozumie pod pojęciem podwykonawstwa. Zawarte w złożonym oświadczeniu informacje są zbyt ogólne, aby móc uznać, że podmiot udostępniający ww. zasoby udowodnił, że udostępnione przez niego zasoby zostały realnie przekazane wykonawcy. Samo wskazanie, że będzie wykonawcą części zamówienia, udostępniając kadrę techniczną i sprzęt w niezbędnym zakresie, nie jest wystarczające, ponieważ udostępnia on swoją wiedzę w określonym zakresie. Brak jest informacji na temat tego, jaki jest to sprzęt, brak jest mowy o tym w szczególności, że są to osoby, które uczestniczyły przy realizacji zamówień które podmiot trzeci wykazuje jako swoje doświadczenie i udostępnia wykonawcy. Poza tym, przy ocenie treści zobowiązania pod kątem realności udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, zamawiający wziął pod uwagę treść złożonego przez wykonawcę odwołania, w którym wykonawca wskazał na zupełnie inny charakter udostępnienia mu tych zasobów.

Zamawiający wskazał, że zasób w postaci wiedzy i doświadczenia nie ma swoistego substratu materialnego. Jest czymś, co jest związane z daną firmą, która taką wiedzę i doświadczenie posiada. Zamawiający musi mieć zatem pewność co do tego, że takie udostępnienie będzie miało charakter realny, a nie będzie tylko fikcją.

Ponadto zamawiający wezwał przystępującego do złożenia referencji dla AJP potwierdzone za zgodność z oryginałem przez ten podmiot.

W razie braku możliwości uzupełnienia ww. dokumentów, zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia załącznika nr 4 – wzór wykonanych lub wykonywanych usług.

Za pismem z dnia 28 lipca 2015 roku przystępujący przekazał kopię umowy wstępnej z dnia 23 lipca 2015 roku, zawartej pomiędzy przystępującym i AJP, określającą zakres prac i ich wartość oraz referencje dla AJP potwierdzone za zgodność z oryginałem przez ten podmiot. Z umowy wynika, że zakres współpracy polega na doradztwie technicznym, w szczególności na:

- udzielaniu pisemnych i telefonicznych wyjaśnień pracownikom przystępującego,
- przyjazdu we wskazane miejsce w celu udzielenia pomocy w zakresie określenia sposobu usuwania awarii
- doradztwie w zakresie prowadzenia dokumentacji technicznej.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2015 roku poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego. Oferta uzyskała 95 pkt. w kryteriach oceny ofert, w tym:

- cena brutto oferty: 95 pkt.
- termin gwarancji: 0 pkt.

Oferta odwołującego uzyskała 73,77 pkt., w tym:

- cena brutto oferty – 68,77 pkt.
- termin gwarancji – 5 pkt.

Wykonawca EKO-DBAJ Sp. z o.o. w Cielczy został wykluczony z postępowania i jego oferta została uznana za odrzuconą

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Oferta odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert i w przypadku potwierdzenia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż zarzuty odwołania są spóźnione, Izba podziela stanowisko odwołującego, iż odwołujący nie mógł wcześniej wnieść odwołania, ponieważ jego oferta w dniu 22 maja 2015 roku została uznana za najkorzystniejszą. Nie miał on wówczas interesu we wniesieniu odwołania, tym bardziej, że oferta przystępującego została wówczas odrzucona.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Z powyższego wynika, że wykazywana przez wykonawcę szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Pzp, albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

Zamawiający pierwotnie odrzucił ofertę przystępującego z uwagi na zaoferowanie przez niego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę odwołującego. Była to decyzja korzystna dla odwołującego, co było równoznaczne z brakiem możliwości wystąpienia szkody po jego stronie. Odwołujący nie był wówczas legitymizowany do wnoszenia odwołania na czynność zaniechania odrzucenia oferty przystępującego również z innych powodów niż wskazane przez zamawiającego. Możliwość podniesienia zarzutów zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z przyczyn innych niż rażąco niska cena urzeczywistniła się dopiero w związku z wyborem, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na brak realności udostępnienia zasobu. Przedłożone do oferty zobowiązanie AJP do udostępnienia potencjału przystępującemu z dnia 14 kwietnia 2015 roku, w celu wykazania

przez ten podmiot spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest udostępnieniem realnym. Oświadczenie to ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, iż AJP będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy udostępniając kadrę techniczną oraz sprzęt w niezbędnym zakresie przy realizacji przedmiotowego zadania. Izba zwraca uwagę, iż zamawiający w s.i.w.z. zawarł szczegółowe wymagania w zakresie treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci i wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenia zawierające przynajmniej te informacje, których wymagał zamawiający. Izba podkreśla, iż zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego wskazując nieprawidłowości w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą oraz informację, jakie winny się znaleźć w oświadczeniu złożonym w wyniku wezwania. Oświadczenie złożone w wyniku wezwania nie potwierdza jednak warunków udziału w postępowaniu ze względów wskazanych niżej.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na brak wykazania udostępnienia zasobu nie później niż na dzień składania ofert. Zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy P.z.p. dokumenty składane w wyniku wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W rozpoznawanym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 20 kwietnia 2015 roku, tymczasem przedłożona umowa wstępna została zawarta w dniu 23 lipca 2015 roku. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, iż uzupełnionym dokumentem przystępujący wykazał, iż spełnia postawione w s.i.w.z. warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, co oznacza konieczność wykluczenia przystępującego z przedmiotowego postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na podanie przez niego nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący uzasadnił zarzut w ten sposób, iż przystępujący w odwołaniu wniesionym na czynność odrzucenia jego oferty oraz na rozprawie twierdził, iż podwykonawstwo w pierwotnym zakresie dotyczy wyłącznie konsultacji, zmieniając tym samym całkowicie treść pierwotnego zobowiązania AJP. W efekcie w późniejszym etapie w odpowiedzi na wezwania zamawiającego co do treści zobowiązania AJP, przystępujący przedłożył umowę wstępną, z której wynika, iż zakres współpracy ogranicza się wyłącznie do doradztwa technicznego. W ocenie odwołującego treść oświadczenia zawartego w odwołaniu oraz wyżej wskazanej umowy pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią wcześniejszego zobowiązania. Nie obejmuje ona bowiem realnego podwykonawstwa oraz pierwotnie deklarowanego

udostępnienia sprzętu, ograniczając się jedynie do ogólnego doradztwa i to tylko w razie zaistnienia takiej potrzeby.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który podał nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Z analizy wskazanego przepisu wynika, że możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania może mieć miejsce w sytuacji, gdy wykonawca ten – po pierwsze – złożył nieprawdziwe informacje i – po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazane przesłanki muszą być spełnione łącznie. Z uwagi na fakt, iż zamawiający uznał, iż złożone przez przystępującego wraz ofertą oświadczenie podmiotu trzeciego nie potwierdza, iż przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia brak jest podstaw do stwierdzenia, że informacje złożone w oświadczeniu miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto zasadność zarzutu podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji należy ocenić według stanu na dzień składania ofert. Sam odwołujący podniósł, że przystępujący zmienił treść złożonego oświadczenia już po terminie składania ofert – w treści złożonego odwołania oraz w umowie wstępnej złożonej w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, by już w dniu składania ofert przystępujący nie miał zamiaru korzystać z zasobów podmiotu trzeciego w sposób wskazany w oświadczeniu. Równie prawdopodobna jest teza, iż zakres udostępnianych zasobów został zmieniony w dacie składania odwołania przez przystępującego i zawierania umowy wstępnej z dnia 23 lipca 2015 roku.

Oddalenie wskazanego wyżej zarzutu pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Izba uznała zasadność zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Oddalenie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z innego jeszcze powodu nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba uznała za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w treści punktu 4.2. ppkt. j części III s.i.w.z. zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą zobowiązania w jednej z wybranych opcji w zakresie terminu gwarancji. Jednocześnie zamawiający nie przewidział w s.i.w.z., iż brak zobowiązania będzie skutkował uznaniem, iż wykonawca zaoferował najkrótszy wymagany w s.i.w.z. termin gwarancji.

Przystępujący nie złożył wymaganego oświadczenia. W zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż przystępujący, poprzez brak oświadczenia, zaoferował 24-miesięczny termin gwarancji.

Podkreślenia wymaga, iż zaoferowany przez wykonawcę termin gwarancji stanowi *essentialia negotii* złożonej oferty i przyszłej umowy. Tym samym wymaga on złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę i nie może być przedmiotem domysłów lub domniemań. Niemniej istotny jest fakt, iż termin gwarancji stanowił jedno z kryteriów oceny. Ocena oferty pod względem przyjętych kryteriów nie może opierać się na brakujących danych w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział mechanizmu uznawania, iż, w braku wymaganego oświadczenia, wykonawca zaoferował określony termin gwarancji.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki



przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała rozpoznawany zarzut za zasadny i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....