

Sygn. akt: KIO 2222/17

WYROK
z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2017 r. przez wykonawcę **Broen Oil & Gas sp. z o.o. w Suchym Lesie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. K. i R. P.**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **PRUH Arma-Pol s.c. w Brzeszczach** oraz **Armatury Group a.s. w Dolni Benesov, Czechy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i R. P., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą PRUH Arma-Pol s.c. w Brzeszczach oraz Armatury Group a.s. w Dolni Benesov, Czechy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IX.3 SIWZ,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Broen Oil & Gas sp. z o.o. w Suchym Lesie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Broen Oil & Gas sp. z o.o. w Suchym Lesie tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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 – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa armatury DN600 i DN 800 dla zadania pn. Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi tj. budowa Tłoczni Strachocina (2 części)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 lipca 2017 r. nr 2017/S 135-277541.

13 października 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Broen Oil & Gas sp. z o.o. w Suchym Lesie, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze w zakresie części II zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. K. i R. P., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą PRUH Arma-Pol s.c. w Brzeszczach oraz Armatury Group a.s. w Dolni Benesov, Czechy, zwanych dalej „przystępującym”. Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia

odwołujący wniósł 23 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b) Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia zawodowego w realizacji dostaw armatury, o którym mowa w pkt IX.3 SIWZ, w konsekwencji czego doszło do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo iż przystępujący winien podlegać wykluczeniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na zamierzone lub co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia zawodowego, określony w pkt IX.3 SIWZ, podczas gdy dostawa wskazana przez przystępującego w

załączniku nr 8 do SIWZ pn. „doświadczenie zawodowe” na potwierdzenie tego warunku w rzeczywistości została wykonana przez podmiot trzeci, niebędący wykonawcą w postępowaniu, ani nieudostępniający swoich zasobów na rzecz przystępującego, o czym przystępujący wiedział, a mimo to wskazał tę dostawę,

lub ewentualnie:

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z uwagi na przedstawienie zamawiającemu, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, nieprawdziwej informacji odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt IX.3 SIWZ, tj. posiadania doświadczenia w dostawie armatury, mającej istotny wpływ na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, podczas gdy wskazana dostawa została zrealizowana przez podmiot trzeci, niebędący wykonawcą w postępowaniu, ani nieudostępniający swoich zasobów na rzecz przystępującego, o czym przystępujący powinien wiedzieć, co najmniej przy zachowaniu minimum staranności wymaganej od profesjonalisty jakim jest przystępujący (co spełnia przesłanki niedbalstwa), a mimo to wskazał tę dostawę w wykazie doświadczenia,
- 4) art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnień w zakresie dostawy wskazanej przez przystępującego w załączniku nr 8 do SIWZ pn. „doświadczenie zawodowe”, z uwagi na istniejącą sprzeczność pomiędzy oświadczeniami przystępującego zawartymi w JEDZ w zakresie samodzielnego posiadania wymaganej zdolności technicznej i zawodowej odnośnie doświadczenia zawodowego oraz w zakresie niepolegania na zasobach osób trzecich, a informacjami wynikającymi z przedłożonych dowodów mających potwierdzać prawidłowość złożonych w JEDZ oświadczeń, w szczególności zaniechania wyjaśnienia treści referencji pochodzącej od Gas Connect Austria GmbH, z której wynika, że dostawy nie zostały wykonane przez któregokolwiek z członków przystępującego ale przez podmiot trzeci o nazwie Armatury Group GmbH z siedzibą w Wiedniu, niebędący wykonawcą w postępowaniu, ani nieudostępniający swoich zasobów na rzecz przystępującego,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty przystępującego, mimo iż przystępujący nie wykazał w swej ofercie, iż oferowana przez niego armatura spełnia wymogi SIWZ w zakresie szczelności, gdyż z dokumentów przedstawionych do oferty, tj. rysunku (str. 97 oferty przystępującego) oraz opisu uszczelnienia trzpienia (str. 98 oferty przystępującego) wynika, iż armatura poddana wymaganemu badaniu szczelności przy użyciu helu, nie spełniała wymagań zamawiającego zawartych w pkt 3.6.2 (korpus całkowicie spawany) oraz 3.5.1 (doszczelnienie kurka) załącznika nr 2 do PI-ID-I03, tj. instrukcji określającej wymagania zamawiającego dla zaworów kulowych, stanowiących integralną część SIWZ,

6) art. 7 ust. 1 Pzp przez podejmowanie w postępowaniu czynności i zaniechań prowadzących do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub ewentualnie wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 albo pkt 16 lub pkt 17 Pzp,
- 3) przeprowadzenia ponownej oceny złożonych ofert na wykonanie części II zamówienia oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp odwołujący podniósł, że w celu ubiegania się o zamówienie należało spełnić m.in. warunek w postaci zdolności technicznej i zawodowej, określony w pkt IX.3 SIWZ. Zgodnie z pkt IX.3 SIWZ w zw. z odpowiedzią na pytanie nr 16 do SIWZ z 24 sierpnia 2017 r.: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali:

a. dla Części nr 1 - zamówienie lub zamówienia polegające na łącznej dostawie minimum 7 szt zaworów kulowych dla mediów palnych o średnicy co najmniej DN700, w klasie ciśnieniowej minimum PN 100 (klasa 600),

b. dla Części nr 2 - zamówienie lub zamówienia polegające na łącznej dostawie minimum 20 szt. zaworów kulowych dla mediów palnych o średnicy co najmniej DN500, w klasie ciśnieniowej minimum PN 100 (klasa 600'

(...) W przypadku Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie Zamówienia na więcej niż jedną Część wystarczające jest spełnianie warunku, o którym mowa w ust. 3 lit. a) powyżej”.

Ponieważ przystępujący bierze udział w postępowaniu dotyczącym obu części zamówienia, zgodnie z SIWZ musiał wykazać się dostawą minimum 7 szt. zaworów kulowych dla mediów palnych o średnicy co najmniej DN700, w klasie ciśnieniowej minimum PN 100 (klasa 600), tj. zgodnie z pkt IX.3 a) SIWZ. Na potwierdzenie powyższej okoliczności przystępujący wskazał pierwotnie w JEDZ spółki czeskiej następującą dostawę (str. 28 oferty przystępującego): „Dostawa zaworów kulowych do gazu typ K92 class600 z napędami: 28” - 23 szt., 20” - 26 szt, 12”- 9 szt, 4”- 10 szt oraz 2”- 10 szt. Kwoty: 414.230 EUR. Daty: 01.09.2015 do 31.03.2016. Odbiorcy: Gas Connect Austria, VAT no: ATU 51687900’.

Odwołujący wskazał, że z analizy oferty oraz JEDZ przystępującego wynika także, że wymagane doświadczenie ma jedynie spółka czeska, bowiem pozostali konsorcjanci nie wskazali żadnego doświadczenia w swoich JEDZ (dowód: str. 45 (S. K.) i str. 62 (R. P. oferty przystępującego). Ponadto, zgodnie z ofertą oraz JEDZ, przystępujący miał nie polegać na

zasobach podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp (dowód: wyciąg z oferty przystępującego - str. 2-3 oraz 19, 36 i 53) ani nie miał korzystać z podwykonawców. Jednakże w załączniku nr 8 do SIWZ „doświadczenie zawodowe”, przedłożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, przystępujący podał, że dostawy były realizowane przez podmiot, który nie jest ani konsorcjantem, ani podmiotem trzecim udostępniającym swoje zasoby przystępującemu. Odwołujący zwrócił uwagę, że w rubryce: „Wykonawca/Dostawca zamówienia (nazwa i adres)” przystępujący wskazał: Armatury Group a.s. Nadrazni 129, 747 22 Dolni Benesov za pośrednictwem spółki-córki Armatury Group GmbH, Attemgasse 45/1/7, 1220 Vienna (dowód: załącznik nr 8 do SIWZ pn. „doświadczenie zawodowe” przystępującego).

Odwołujący wywiódł, że spółka austriacka jest odrębnym od spółki czeskiej podmiotem prawa, posiadającym odrębną strukturę organizacyjną (w tym organy zarządzające) i finansową, oraz samodzielnie ponoszącym odpowiedzialność prawną za swoje działania. Niedopuszczalnym było zatem zaliczenie doświadczenia spółki austriackiej na poczet doświadczenia posiadanego przez spółkę czeską. Istnienie ewentualnych powiązań kapitałowych lub handlowych pomiędzy oboma odrębnymi podmiotami nie pozwala na przypisywanie jednemu podmiotowi właściwości (tu: doświadczenia) posiadanych przez drugi podmiot. To co spółka austriacka wykonywała, robiła na własny rachunek i w sensie prawnym, zrealizowanych zamówień nie można przypisać spółce czeskiej. Takie doświadczenia można byłoby przypisać spółce czeskiej w drodze udostępnienia zasobu w trybie i na zasadach określonych w art. 22a Pzp. Takie udostępnienie nie miało jednak miejsca w postępowaniu. Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę na prawdopodobne złożenie przez spółkę czeską nieprawdziwego oświadczenia, o tym, że nie należy ona do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (strona 2 oferty przystępującego). Z brzmienia obu firm spółki czeskiej i spółki austriackiej należy wnioskować, że wchodzi one w skład jednej grupy kapitałowej Armatury Group w rozumieniu opisanej powyżej ustawy.

Odwołujący podkreślał, iż fakt wykonania wspomnianej dostawy przez spółkę austriacką potwierdza wprost referencja wystawiona przez jej odbiorcę, tj. Gas Connect Austria GmbH. Jak wskazano powyżej, zgodnie z treścią referencji, dostawa była realizowana w całości przez spółkę austriacką (dowód: referencja od Gas Connect Austria GmbH). Okoliczność wykonywania wykazywanego zamówienia przez odrębny od spółki czeskiej podmiot, przyznaje pośrednio sam przystępujący stwierdzając, że ww. zamówienie zostało wykonane „za pośrednictwem” spółki austriackiej. Wyrażenie „za pośrednictwem” oznacza „korzystając z czegoś” (tak: Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl>). Zatem spółka czeska nie wykonywała samodzielnie (bezpośrednio) tego zamówienia. W związku z powyższym należy stwierdzić, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku

zdolności technicznej i zawodowej w postaci realizacji dostawy armatury, zgodnie z pkt IX.3 SIWZ. Doświadczenia spółki austriackiej nie można bowiem przypisać spółce czeskiej. Spółka austriacka nie była trzecim konsorcjantem, ani nie udostępniła w niniejszym postępowaniu swoich zasobów na rzecz przystępującego. Z uwagi na brak wykazania spełniania powyższego warunku, przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący argumentował ponadto, że wspomniany brak wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej nie może zostać uzupełniony na obecnym etapie przez odwołanie się do dostawy zrealizowanej przez podmiot trzeci. Taka sytuacja stanowiłaby bowiem niedopuszczalną zmianę oferty w świetle art. 87 ust. 1 Pzp. Treść oferty, w tym zakres podmiotowy, nie podlegają bowiem modyfikacji po terminie składania ofert. Zakres podmiotowy wykonawcy jest bardzo istotny w prawie zamówień publicznych i jego zmiana prowadzi praktycznie do sytuacji porównywanej ze złożeniem nowej oferty (tak m.in. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku, znak C-387/14). Zakres podmiotowy, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, warunkuje tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz ma wpływ na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia. Okoliczność rozszerzenia zakresu podmiotowego wykonawcy przez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert (a więc np. dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego) jest czynnością niedopuszczalną w prawie zamówień publicznych. Potwierdza to przede wszystkim powołany powyżej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14. Również ustawodawca polski przyznał podmiotowi trzeciemu szczególny status, poświęcając mu w całości jeden z przepisów ustawy. Zagwarantował w ten sposób zamawiającym m.in. prawo do weryfikacji tych podmiotów, stosownie do art. 22a ust. 3 Pzp. Kontrola ta odbywa się przede wszystkim pod kątem sprawdzenia, czy nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy wykluczenia co do takiego podmiotu. Wykonawcy, którzy zamierzają polegać na zasobach podmiotów trzecich, są zobowiązani przede wszystkim do wskazania tej okoliczności w formularzu oferty oraz we własnym JEDZ. A ponadto, do przedłożenia zamawiającemu JEDZ podmiotu trzeciego. JEDZ składa się razem z ofertą, zatem bezsprzecznie wynika z tego, że informację o udziale podmiotu trzeciego w zamówieniu należy przekazać zamawiającemu najpóźniej w dniu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że przystępujący nie przedstawił w chwili składania oferty zobowiązania podmiotu trzeciego (spółki austriackiej) do udostępnienia swego zasobu w postaci doświadczenia zdobytego wskutek zrealizowania przedmiotowej dostawy. Co więcej, przystępujący wprost oświadczył, że z takiego zasobu nie będzie korzystać. Mając na uwadze powyższe oraz uwzględniając wskazaną powyżej argumentację przemawiającą za

brakiem możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego po złożeniu oferty, odwołujący stwierdzał, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku w postaci posiadania wymaganego doświadczenia.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący w celu otrzymania zamówienia nie tylko nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także wprowadził zamawiającego w błąd przy podawaniu informacji odnośnie posiadania wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, o której mowa w pkt IX.3 SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku przystępujący wskazał pierwotnie jedną dostawę w JEDZ spółki czeskiej na rzecz Gas Connect Austria GmbH (str. 28 oferty przystępującego). Przedstawiona przez przystępującego informacja w JEDZ nie zawierała wzmianki odnośnie jakiegokolwiek innego podmiotu (dowód: strona 28 oferty przystępującego). Jednakże w załączniku nr 8 do SIWZ „doświadczenie zawodowe” przystępujący podał, że dostawy były realizowane przez spółkę austriacką. Odwołujący wywiódł, że argumentacja dotycząca odrębności spółki czeskiej i austriackiej przedstawiona w odwołaniu, zachowuje swoją aktualność także dla uzasadnienia tego zarzutu. Przystępujący nie posiada wymaganej zdolności technicznej, bowiem dostawa na którą się powołał została zrealizowana przez spółkę austriacką (dowód: referencja od Gas Connect Austria GmbH). Oświadczając jednak zamawiającemu, że spełnia warunki udziału, przystępujący wprowadził go w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu wymagań formalnych. Wprowadzenie w błąd mogło być umyślne lub nieumyślne. Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił przystępującemu obie strony podmiotowe, bowiem instytucja błędu w prawie zamówień publicznych została podzielona przez ustawodawcę i zapisana w oddzielnych jednostkach redakcyjnych ustawy (pkt 16 - umyślność, oraz pkt 17 - nieumyślność). Błąd, co do zasady, oznacza mylne wyobrażenie człowieka o rzeczywistości.

Odwołujący podniósł, że dla wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp wymagane jest, aby wykonawca przez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości. W analizowanej sprawie doszło bezsprzecznie do wywołania fałszywego wyobrażenia o rzeczywistości, a tym samym doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd odnośnie spełniania przez przystępującego warunku zdolności technicznej i zawodowej. Przystępujący przedstawił bowiem zamawiającemu w JEDZ informacje, z których wynika, że to on był wykonawcą dostawy. Zamawiający ani razu nie powziął co do tej okoliczności wątpliwości, nawet w momencie otrzymania od przystępującego załącznika nr 8 „Doświadczenie zawodowe”, w którym wskazano podmiot trzeci. Potwierdza to m.in. brak wezwania przez zamawiającego przystępującego do wyjaśnienia tej rozbieżności w oświadczeniu przystępującego. Potwierdza to zatem, że zamawiający całkowicie zawierzył informacjom

przedstawionym przez przystępującego w JEDZ, które wywołały u niego to mylne wyobrażenie co do faktu spełniania przez spółkę czeską wymaganego doświadczenia.

Przedstawienie przez przystępującego w JEDZ informacji nieprawdziwych (sprzeczność JEDZ przystępującego z załącznikiem nr 8 „Doświadczenie zawodowe” oraz referencją od Gas Connect Austria GmbH nie budzi wątpliwości) daje solidne podstawy do przypisania przystępującemu jednego z rodzajów działania, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp. Przepis ten mówi wprost o działaniu przejawiającym się w przedstawieniu pewnych informacji lub zatajeniu ich. Brak wskazania w JEDZ przystępującego informacji o tym, że przedstawiona dostawa została w rzeczywistości wykonana przez podmiot trzeci (spółkę austriacką), z całą pewnością może zostać potraktowane jako wspomniane zatajenie. Przystępujący zamierzał bowiem na etapie składania oferty (wraz z JEDZ) do wywarcia u zamawiającego wrażenia, że spełnia wymogi SIWZ w zakresie zdolności technicznej czy zawodowej. Dopiero na etapie składania dowodów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie mogąc np. dokonać zmian w treści posiadanej referencji, wskazało, że w rzeczywistości inny podmiot zrealizował tę dostawę. Informacji tej ponownie przystępujący nie wskazał wprost, tak jak wynika to z referencji, ale posłużył się niejasnym sformułowaniem „za pośrednictwem” (referencja wymienia z nazwy jedynie spółkę austriacką, nie wspomina w ogóle o spółce czeskiej). Takie działanie nosi znamiona celowego wprowadzenia w błąd. Nie można bowiem znaleźć żadnego usprawiedliwienia dla wykonawcy, który wskazuje nieprawdę, mimo, że posiada informacje pozwalające mu z łatwością ustalić rzeczywisty stan rzeczy. Na wypadek jednak, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutu o umyślnym działaniu przy sporządzaniu oferty, odwołujący zarzucił przystępującemu niedbalstwo, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 17 Pzp. Pojęcie to należy rozumieć w sensie cywilistycznym, jako niedochowanie należytej staranności. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 14 Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c., przystępujący jako profesjonalista, zobowiązany jest do zachowania należytego poziomu staranności ocenianego z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności. Przedstawienie rażąco sprzecznych informacji w dokumentach ofertowych, sprzecznych ze sobą nawzajem a także z dowodami przedkładanymi na ich potwierdzenie (referencja), stanowi niewątpliwie przejaw niedbalstwa. Co znamienne w przypadku błędu, wykluczenie następuje bez konieczności wzywania takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. W orzecznictwie, jak i doktrynie jednogłośnie podnosi się, że dokumenty lub informacje, które zawierają nieprawdziwe informacje nie mogą być poprawiane czy uzupełniane.

Odwołujący wskazał również na okoliczność, że wprowadzenie zamawiającego w błąd miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Realizacja dostawy wymaganej w pkt IX.3 SIWZ stanowiła warunek udziału w postępowaniu. Bez wykazania

spełnienia tego warunku, przystępujący nie mógłby się ubiegać o udzielenie zamówienia. Wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tej okoliczności umożliwiło wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp odwołujący podniósł, że w zakresie posiadania przez przystępującego wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, z dokumentów przedłożonych przez przystępującego wyłania się sprzeczność. Z jednej bowiem strony w JEDZ przystępującego wskazano, że podmiotem posiadającym doświadczenie jest spółka czeska, natomiast w załączniku nr 8 do SIWZ „doświadczenie zawodowe” zapisano całkowicie odmiennie, że ta dostawa została zrealizowana przez spółkę austriacką. Powstała rozbieżność powinna zatem wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Spełnienie powyższego warunku decydowało o możliwości udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. Była to zatem okoliczność istotna w postępowaniu. Jakikolwiek niejasności w tym zakresie powinny być wyjaśnione przez zamawiającego, tak aby zamówienie zostało udzielone zgodnie z przepisami prawa. Brak wyjaśnienia przez zamawiającego powyższych okoliczności stanowi zatem naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący podniósł, że armatura oferowana w postępowaniu przez przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ. Zgodnie z pkt III.2 SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. opisie przedmiotu zamówienia („OPZ”). Z kolei na podstawie pkt. I.2 ppkt 1) OPZ, armatura powinna spełniać wymagania określone m.in. w załączniku nr 2 do PI-ID- I03 Zawory kulowe - wymagania Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. („Wymagania dla zaworów kulowych”), stanowiące równocześnie załącznik nr 2 do umowy. Zdaniem odwołującego oferowana przez przystępującego armatura nie spełnia co najmniej dwóch punktów z wymagań dla zaworów kulowych, tj. pkt 3.6.2 oraz 3.5.1.

Odwołujący podniósł, że oferowane przez przystępującego zawory kulowe nie spełniają wymogu korpusu całkowicie spawanego (pkt 3.6.2 Wymagań dla zaworów kulowych). Powyższe potwierdza raport z badania szczelności przy użyciu helu oferowanych przez przystępującego zaworów kulowych (str. 75 - 126 oferty przystępującego - w aktach), a w szczególności rysunek nr 8300-A09238 dla kurka o numerze seryjnym 116 175954/1 ze strony 97 oferty przystępującego („Rysunek”, rysunek ze str. 97 oferty przystępującego) oraz opis uszczelnienia trzpienia ze strony 98 oferty Konsorcjum („Opis Uszczelnienia”, opis uszczelnienia trzpienia ze str. 98 oferty przystępującego).

Odwołujący argumentował, że zamawiający postawił następujący warunek w zakresie całkowitego spawania korpusu, zgodnie z pkt 3.6.2 wymagań dla zaworów kulowych: *„Obudowa (korpus zaworu): Zawory z korpusem całkowicie spawanym. Wszelkie połączenia korpusu wykonane, jako złącza spawane”*. Istota wspomnianego spawania polega na tym, że pomiędzy dwoma elementami wprowadzona zostaje spoina, która zapewnia połączenie

nierozłączne i szczelność (dowód: pkt 3.1.2.6 oraz 3.1.2.7 normy PN-EN 736-2 pt. „Terminologia. Definicje elementów armatury”). W przeciwieństwie np. do uszczelki, będącej jedynie wypełnieniem przestrzeni pomiędzy dwoma elementami (dowód: pkt 3.1.3.8 normy PN-EN 736-2 pt. „Terminologia. Definicje elementów armatury”).

Tymczasem w oferowanych przez przystępującego kurkach połączenie spawane ma miejsce jedynie pomiędzy kadłubem a pokrywką (kolor zielony i niebieski na poniższym rysunku). Potwierdza to także opis uszczelnienia w części „Opis połączenia: Korpus-Pokrywka oraz uszczelki: korpus-kołnierz”, gdzie jako spawane określono jedynie połączenie korpus- pokrywka: *„Zawór kulowy jest całospawany więc połączenie korpus(1)-pokrywka(2) jest spawane”* (dowód: opis uszczelnienia trzpienia ze str. 98 oferty przystępującego). Z powyższego wynika jednak, że już inne połączenia poza korpus-pokrywka nie są spawane. To stwierdzenie znajduje potwierdzenie w opisie uszczelnienia: *„Uszczelka korpus(1)-kołnierz(6) dla średnicy DN500 PN 100 składa się z dwóch typów niezależnych uszczeltek (53 i 58), jedna z nich jest ognioodporna (53). Patrz rysunek nr 8300-A09238”* (dowód: opis uszczelnienia trzpienia ze str. 98 oferty przystępującego). Omawiane połączenie korpus-kołnierz zostało oznaczone kolorem zielonym i czerwonym na rysunku załączonym do odwołania. Zdaniem odwołującego przystępujący wprost wskazał, że zamiast spoiny użył tutaj uszczelki, której obecność potwierdza brak połączenia całkowicie spawanego. Zgodnie bowiem z wymogiem SIWZ *„wszelkie połączenia korpusu wykonane jako złącza spawane”*. Wykonanie chociażby jednego połączenia nie jako spawanego powoduje, że powyższy warunek nie zostanie spełniony. Zastosowanie uszczelki zamiast spoiny oznacza, że połączenie korpus-kołnierz nie może zostać uznane za spawane. Zatem, wbrew wymogowi z pkt 3.6.2 Wymagań dla zaworów kulowych, nie wszystkie połączenia korpusu zostały wykonane przez przystępującego jako złącza spawane, a więc przystępujący oferuje produkt niezgodny z SIWZ. Pomimo tej okoliczności, na rysunku znajduje się informacja, że *„konstrukcja kurka kulowego zgodna ze spec. PI-iD_I03”*.

Ponadto odwołujący podniósł, że oferta przystępującego nie spełnia również warunku z pkt 3.5.1 Wymagań dla zaworów kulowych. W raporcie przystępującego z badań szczelności oferowanych zaworów kulowych znajduje się informacja, że nieszczelność w każdej z 4 faz badania sprawdzono jedynie w dwóch miejscach, tj.: (i) nieszczelność połączeń korpusu oraz (ii) nieszczelność trzpienia (dowód: str. 90 - 91 oferty przystępującego).

Odwołujący wywiódł, że wykonanie badania jedynie w dwóch punktach produktu, nie potwierdza spełniania warunku z pkt 3.5.1 Wymagań dla zaworów kulowych, tj. *„Zawory kulowe o średnicy DN100 i większej powinny być wyposażone w system doszczelnienia uszczelnienia kuli zaworu. Każda strona uszczelnienia powinna mieć osobną instalację”*. Zamawiający wskazał w Wymaganiach dla zaworów kulowych, że kurki mają mieć określone

tzw. miejsca przecieku na obudowie. Równocześnie w SIWZ zażądał badania na szczelność trzpienia i korpusu przy użyciu helu. Z powyższego wynika zatem, że badaniu należało poddać właśnie te miejsca, bowiem powodują one powstanie przerw w obudowie.

Przykładowo a pkt 3.4.1 Wymagań dla zaworów kulowych jest mowa o tym, że: *„Zawory kulowe o zabudowie podziemnej o średnicy DN80 i większej powinny być wyposażone w system odwadniający i odgazowujący korpus wyprowadzone na powierzchnię, przymocowane do kolumny, zakończone zaworem kulowym w kierunku poziomym wraz z śrubą odpowietrzającą oraz z zabezpieczeniem przed niekontrolowanym wypływem gazu”*. Z powyższego wynika, że takie systemy będą stanowiły dwa dodatkowe punkty przejścia przez obudowę. Będą to zatem dwa miejsca przecieku na obudowie. Elementy nie zostały poddane badaniu przez przystępującego. Warunek szczelności kurka nie może zatem zostać uznany za spełniony. Dla porównania odwołujący wskazał, że on wykonał badania szczelności aż w 8 miejscach, tak aby spełnić wymogi z pkt 3.5.1 Wymagań dla zaworów kulowych (dowód: strona nr 58 i 64 oferty Odwołującego), zgodnie z tabelą, którą załączył do odwołania.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że pominięcie wyżej wymienionych miejsc w trakcie badania szczelności może świadczyć m.in. o:

- gorszej jakości zaworów kulowych Konsorcjum, które nie spełniają wymogów SIWZ,
- niższych kosztach wytworzenia produktu niespełniającego pkt 3.5 Wymagań dla zaworów kulowych,
- braku przedstawienia wyników dla tych części z uwagi na brak przejścia badania z wynikiem pozytywnym.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący podniósł, że działania zamawiającego w toku postępowania spowodowały także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Udzielenie zamówienia publicznego powinno być zgodne z określonymi w ustawie zasadami, w tym z art. 7 ust. 1 Pzp, stanowiącym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy uznać za naruszenie zasad prawa zamówień publicznych takie działania lub zaniechania zamawiającego, które prowadzą w efekcie do tego, że oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu, którego oferta winna podlegać dodatkowo odrzuceniu, zostaje wybrana jako najkorzystniejsza, kosztem tych wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, a ich oferty spełniają wszystkie wymogi SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. W pozostałym

zakresie wniosków o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. K. i R. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PRUH Arma-Pol s.c. w Brzeszczach oraz Armatury Group a.s. w Dolni Benesov, Czechy. Nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. W pozostałym zakresie wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 14 września 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 26 września 2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia z 13 października 2017 r., odwołanie wraz załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, względnie odrzucenia tej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia tego wykonawcy względnie odrzucenia jego oferty skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IX.3 SIWZ. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w tej części. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co w ww. części nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione przykładowo w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Odwołanie, w części rozpatrywanej merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której treść miała być niezgodna z treścią SIWZ w zakresie pkt 3.6.2. i 3.5.1. załącznika nr 2 do PI-ID-I03, do którego odsyłał opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ).

W załączniku nr 2 do PI-ID-I03, do którego odsyłał opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający opisał swe wymagania dla zaworów kulowych. W pkt 3.6.2 wskazał, że wymaga zaworów *z korpusem całkowicie spawanym. Wszelkie połączenia korpusu wykonane, jako złącza spawane*.

Tak ustaloną treść SIWZ odwołujący odnosił do ustalonej przez siebie treści oferty przystępującego. Izba stwierdziła jednak, że ustalenia odwołującego co do treści oferty przystępującego okazały się błędne. Odwołujący swe ustalenia co do modelu oferowanego przez przystępującego zaworu kulowego oparł na założeniu, że przystępujący zaoferował model zaworu wymieniony w badaniach typu złożonych przez przystępującego wraz z ofertą. Jak wynikało z odwołania odwołujący oparł się bowiem na fragmencie badania typu znajdującego się na str. 97 (rysunek kurka o nr seryjnym 116 1759541/1) i str. 98 (opis uszczelnienia trzpienia) oferty przystępującego.

Takie założenie okazało się błędne. Uszło uwadze odwołującego, że w świetle postanowień rozdziału XVI pkt 20 i 21 SIWZ nie było konieczności złożenia wyników badań szczelności trzpienia i korpusu armatury dla oferowanego modelu zaworu kulowego. Zamawiający w sposób wyraźny zastrzegł bowiem w tych postanowieniach SIWZ, że oczekuje złożenia pozytywnych wyników badań szczelności trzpienia i korpusu armatury przy użyciu helu zastrzegając, że mają to być „badania typu”. Sformułowanie „badania typu” oznacza, że wystarczające było złożenie badań jedynie dla typu (rodziny) zaworów kulowych, w skład którego mogą wchodzić różne modele tych produktów. Owszem wymóg odnosił się do złożenia tych badań dla oferowanych zaworów kulowych. Jednak w połączeniu z zastrzeżeniem, że mogą to być badania typu, oznaczał iż należało przedstawić badania dla takiego typu (rodziny) zaworów, do którego należy oferowany model zaworu. Oczywiście jest jednak, że badania dla tego typu mogły być przeprowadzone na innym modelu z danego (typu) rodziny, niekoniecznie na modelu oferowanym. Jednocześnie odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie zarzucił w odwołaniu, że oferowany model zaworu kulowego nie należy do typu (rodziny), dla którego przeprowadzono badanie typu załączone do oferty. Podkreślić także należy, że zamawiający nie postawił nigdzie wymogu, aby wyniki badań, o których mowa w postanowieniach rozdziału XVI pkt 20 i 21 SIWZ miały potwierdzać wymogi z pkt 3.6.2 załącznika nr 2 do PI-ID-I03, do którego odsyłał opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ).

Jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w postanowieniach SIWZ nałożył na wykonawców obowiązek wskazania modelu oferowanego zaworu kulowego. Powyższe było celowe, gdyż jak wyjaśnił zamawiający, przedmiotem oferty mogły być takie modele zawory kulowych, które dopiero będą tworzone na potrzeby tego konkretnego zamówienia. Przystępujący nie podał zamawiającemu danych co do modelu oferowanych zaworów kulowych, więc odwołujący taką informacją nie dysponował. W trakcie rozprawy zaś on jak i zamawiający zaprzeczyli, jakoby przedmiotem oferty miał być ten model zaworu kulowego, na którym przeprowadzono badanie typu załączone do oferty.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu, gdyż wbrew stanowisku odwołującego przystępujący nie zaoferował zamawiającemu modelu zaworu kulowego, o

którego cechach odwołujący błędnie wnioskował na podstawie badania odnoszącego się do całego typu modeli zaworów kulowych.

Za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, z powodu jej sprzeczności z pkt 3.5.1. załącznika nr 2 do PI-ID-I03, do którego odsyłał opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ).

W przywołanym przez odwołującego postanowieniu zamawiający wskazał, że *system doszczelnienia kuli zaworu powinien spełniać poniższe wymagania: zawory (...) powinny być wyposażone w system doszczelnienia uszczelnienia kuli zaworu. Każda strona uszczelnienia powinna mieć osobną instalację.*

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący nie złożył zamawiającemu badań dotyczących szczelności we wszystkich miejscach przecieku. Wskazał, że z dokumentów załączonych do oferty wynika, że przeprowadzono badanie szczelności jedynie w odniesieniu do połączeń korpusu i trzpienia. Rzeczywiście, w raporcie z badań typu dot. szczelności zaworów kulowych znajduje się informacja, że nieszczelność w każdej z 4 faz badania sprawdzono w dwóch miejscach, tj.: nieszczelność połączeń korpusu oraz nieszczelność trzpienia (s. 90 – 91 oferty przystępującego).

Uszło jednak uwadze odwołującego, że wymogi z rozdziału XVI ust. 20 i 21 SIWZ nakładały na wykonawców obowiązek złożenia badań właśnie w takim zakresie, a mianowicie w zakresie szczelności trzpienia i korpusu armatury przy użyciu helu. Zakres ten był zatem ograniczony do kwestii wymienionych w SIWZ. W szczególności badania te nie musiały odnosić się do wymagań z pkt 3.5.1. załącznika nr 2 do OPZ. Ponadto badania te miały być jedynie badaniami dla typu zaworów, w skład którego wchodzi oferowany model zaworu kulowego. Zamawiający nie żądał zatem przedstawienia badań dotyczących innych miejsc przecieku, ani badań dotyczących stricte oferowanego modelu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że swój zarzut odwołujący oparł na błędnych ustaleniach co do treści SIWZ. W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu, gdyż dokumenty żądane w SIWZ zostały przez przystępującego złożone.

Za chybione uznano zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu.

Nie było sporne między stronami, że rzeczywiście wystąpiły rozbieżności w treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdziale IX ust. 3 SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 3 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się *wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali:*

a. dla Części nr 1 - zamówienie lub zamówienia polegające na łącznej dostawie minimum 7 szt zaworów kulowych dla mediów palnych o średnicy co najmniej DN700, w klasie ciśnieniowej minimum PN 100 (klasa 600),

b. dla Części nr 2 - zamówienie lub zamówienia polegające na łącznej dostawie minimum 20 szt. zaworów kulowych dla mediów palnych o średnicy co najmniej DN500, w klasie ciśnieniowej minimum PN 100 (klasa 600)

(...) W przypadku Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie Zamówienia na więcej niż jedną Część wystarczające jest spełnianie warunku, o którym mowa w ust. 3 lit. a) powyżej.

Przystępujący złożył ofertę na obie części, zatem obowiązany był wykazać warunek jak dla części 1.

Celem wstępnego potwierdzenia ww. warunku przystępujący złożył wraz z ofertą jednolite europejskie dokumenty zamówienia (JEDZ). W dokumencie JEDZ dla członka konsorcjum przystępującego tj. Armatury Group a.s. z siedzibą w Dolni Benesov, Czechy rzeczywiście wskazano na doświadczenie tego podmiotu w dostawie zaworów kulowych typ K92 class 600 z napędami na rzecz Gas Connect Austria (s. 28 oferty przystępującego). Powyższe mogło świadczyć o tym, że transakcja przebiegała bezpośrednio pomiędzy tymi podmiotami.

Z kolei w dokumentach złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, przystępujący wskazał na tożsamą przedmiotowo dostawę. W wykazie zamówień poinformował jednak dodatkowo, że dostawa była realizowana przez Armatury Group a.s. Dolni Benesov, Czechy na rzecz Gas Connect Austria GmbH za pośrednictwem innego podmiotu, a mianowicie Armatury Group GmbH, Wiedeń, Austria. Do wykazu załączono dokument referencyjny wystawiony przez Gas Connect Austria GmbH dla Armatury Group GmbH w Wiedniu. Powyższe mogło świadczyć o tym, że transakcja miała charakter wieloetapowy i że brał w niej udział jeszcze jeden podmiot a mianowicie Armatury Group GmbH w Wiedniu.

W ocenie Izby rozbieżności w pierwszej kolejności powinny zostać wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Celem wyjaśnień powinno być ustalenie, jaka była rola członka konsorcjum przystępującego tj. Armatury Group a.s., Dolni Benesov w realizacji dostawy zaworów i ustalenie, kto był odbiorcą tych dostaw. Może się okazać, że rzeczywiście to spółka czeska, będąca członkiem konsorcjum przystępującego odpowiadała za realizację zamówienia, z tym że jej bezpośrednim odbiorcą (kupującym) nie była Gas Connect Austria GmbH, a Armatury Group GmbH w Wiedniu, która następnie towar odsprzedała Gas Connect Austria GmbH. Tym bardziej, że - jak podnosił zamawiający - na rynku znane jest, że to Armatury Group a.s, Dolni Benesov jest producentem zaworów. Może się też okazać, że spółka czeska była podwykonawcą Armatury Group GmbH w Wiedniu w trakcie realizacji spornej dostawy. W każdym z tych przypadków będzie można mówić o własnym zasobie

wiedzy i doświadczenia członka konsorcjum przystępującego, tj. Armatury Group a.s, Dolni Benesov. W takiej sytuacji ewentualne uzupełnienie oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku z pkt IX.3 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie będzie traktowane jako zmiana oferty polegająca na powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert. Taka zmiana rzeczywiście byłaby niedopuszczalna w świetle zasady równego traktowania wykonawców, co potwierdził wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Esaprojekt, prawidłowo przywołany przez odwołującego. Jednak w stanie faktycznym ustalonym przez Izbę na moment wyrokowania nie można z góry przesądzić, jaki będzie rezultat tych wyjaśnień i że z pewnością dostawa została wykonana przez podmiot trzeci, niebędący wykonawcą w postępowaniu.

Izba wzięła także pod uwagę, że wprowadzenie zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp odnosi się do błędu istotnego pod względem okoliczności wskazanych w tych przepisach. Jeżeli okaże się, że zamówienie referencyjne zostało zrealizowane przez członka konsorcjum przystępującego ale na rzecz innego podmiotu lub w innym charakterze to nie będzie to wprowadzenie w błąd w rozumieniu tego przepisu. Podkreślenia wymagał fakt, że przystępujący nie ukrywał przebiegu transakcji przed zamawiającym. Wręcz przeciwnie, to sam przystępujący wskazał zamawiającemu w wykazie dostaw, że dostawy zaworów miały charakter wieloetapowy. Nie można się zatem zgodzić z odwołującym, że wykonawca umyślnie lub nieumyślnie coś zatajał przed zamawiającym. Zdaniem Izby treść wykazu dostaw prowadzi do wniosku, że przystępujący starał się przedstawić zamawiającemu pełne informacje o przebiegu dostaw. Co więcej, przebieg dostaw wynikający z wykazu dostaw wydaje się prawdopodobny, choć wymaga wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Dostrzeżenia wymaga także, że z punktu widzenia oceny spełnienia warunku z pkt IX.3 SIWZ obojętne było to, na rzecz kogo dostawy zostały zrealizowane. Mógł to być podmiot publiczny, prywatny, a nawet podmiot z własnej grupy kapitałowej członka konsorcjum przystępującego. Okoliczność czy odbiorcą dostaw była Armatury Group GmbH w Wiedniu czy Gas Connect Austria GmbH w Wiedniu jest obojętna z punktu widzenia warunku. Kwestia ta musi być jedynie ustalona aby przesądzić, który kontrahent jako odbiorca dostaw był uprawniony do wystawienia dokumentów referencyjnych członkowi konsorcjum przystępującego. Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu podlegały oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter

merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, *Postanowienia...*, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W części rozpatrywanej merytorycznie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący. Wobec powyższego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: