

Sygn. akt: KIO 1222/17
KIO 1224/17

WYROK
z dnia 7 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca, 28 czerwca i 4 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 14 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Świerczewskiego 11b, 43-170 Łaziska Górne oraz EBRO TRADE Sp. z o.o. ul. Bajana 3, 01-904 Warszawa,**

B. w dniu 14 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENVIROTECH Sp. z o.o. ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań oraz Stalbudom Sp. z o.o. ul. Zgoda 4/7, 00-018 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Żernicka 17, 55-010 Święta Katarzyna

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENVIROTECH Sp. z o.o. ul. Jana Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań oraz Stalbudom Sp. z o.o. ul. Zgoda 4/7, 00-018 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1222/17 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Hydro-Marko Sp. z o.o. Sp. k. ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin oraz M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. Hydro Marko M. P., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1222/17 i KIO 1224/17 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Miko-Tech Sp. z o.o. ul. Świerczewskiego 11b, 43-170 Łaziska Górne** oraz **EBRO TRADE Sp. z o.o. ul. Bajana 3, 01-904 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1224/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1222/17 i nakazuje Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydro-Marko Sp. z o.o. Sp. k. oraz M.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. Hydro Marko M.P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1224/17,**
- 3. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1222/17 obciąża Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz EBRO TRADE Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz EBRO TRADE Sp. z o.o. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 4. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1224/17 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENVIROTECH Sp. z o.o. oraz Stalbudom Sp. z o.o. i:**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENVIROTECH Sp. z o.o. oraz Stalbudom Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENVIROTECH Sp. z o.o. oraz Stalbudom Sp. z o.o. na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. kwotę 5 409 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta**

dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1222/17

KIO 1224/17

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Świętej Katarzynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę i modernizację systemu gospodarki wodno-ściekowej w gminie Siechnice – modernizacja oczyszczalni ścieków w Siechnicach” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 20 lutego 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 28630-2017. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1222/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz Ebro Trade Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i M. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P., zwanych dalej także „Konsorcjum HYDRO-MARKO”, jest zabezpieczona skutecznie wniesionym wadium,

2. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, pomimo iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na okoliczność, że wskazano sposób wykonania robót budowlanych przy pomocy podwykonawców w zakresie zabronionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, która

w rozumieniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przyjętych kryteriów oceny nie jest taką ofertą.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób bezzasadny przyjął, iż oferta Konsorcjum HYDRO-MARKO jest zabezpieczona skutecznie wniesionym wadium. Postanowienia rozdziału 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące wadium wyraźnie precyzowały nie tylko jego wysokość, termin obowiązywania, ale także zakres i wymagania szczegółowe. W podpunkcie 9.9 Zamawiający żądał, by w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców (konsorcjum) wadium wniesione w innej formie niż pieniądź zawierało zapis o udzieleniu gwarancji przez wszystkich członków wykonawcy.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium. Pojęcie to jest zdefiniowane w art. 70⁴ § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jedną z form wniesienia wadium, jaką przewiduje ustawa Prawo zamówień publicznych, jest forma gwarancji ubezpieczeniowej (art. 45 ust. 6 pkt 3); ustawa nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej. Wymagania odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przypadku gwarancji bankowych nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2013 r. o sygn. II CSK 670/12 wskazał, że gwarancja

występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową i jak każda umowa powinna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji, także co do jej strony podmiotowej. Niewątpliwie dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach dodatkowymi oświadczeniami. Dla ważności wadium wnoszonego przez konsorcjum nie jest wystarczające wpisanie w treść gwarancji wyłącznie jednego wykonawcy, lecz prawidłowy jest dokument, w którym gwarant bierze także odpowiedzialność za działania i zaniechania znanych sobie konsorcjantów, zamierzających realizować zamówienie. Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione, wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Płynność i pewność zapłaty Zamawiającemu kwoty wadialnej może zależeć w dużej mierze od zajętego stanowiska w tej sprawie przez gwaranta, co jest niedopuszczalne.

Dodatkowo, jeśli pełnomocnictwo do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w postępowaniu zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji bankowej dla jednego z uczestników konsorcjum, wniesione wadium w formie gwarancji bankowej nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. konsorcjum.

Konsorcjum HYDRO-MARKO przedstawiło w ofercie pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum z 24 kwietnia 2017 r., natomiast gwarancja bankowa przetargowa została wydana 22 marca 2017 r. Późniejsze aneksy do ww. dokumentu także nie wnoszą zmian wynikających ze struktury podmiotowej wykonawców oraz z wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze abstrakcyjny charakter gwarancji, treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Już samo to brzmienie musi dawać pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji, która nie może być uzależniona od interpretacji gwaranta, a zatem gwarancja musi wskazywać podmioty należące do konsorcjum lub co najmniej fakt, że zleceniodawca gwarancji składa ofertę w konsorcjum. W innym wypadku gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, gdy przesłanki przepadu wadium dotyczą niewymienionego w niej podmiotu. Nie można też uzupełniać wadium po terminie składania ofert, a zatem wszelkie wyjaśnienia gwaranta, zapewnienia

czy uzupełnienia po tej dacie są niedopuszczalne i nie mogą być brane pod uwagę. Dodatkowo gwarancja została udzielona wcześniej niż podpisano umowę konsorcjum i udzielono pełnomocnictwa jego liderowi. Art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący solidarnej odpowiedzialności ma zastosowanie dopiero po podpisaniu umowy.

W swojej ofercie Konsorcjum HYDRO-MARKO wskazało, iż powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia (samodzielnie nie posiada doświadczenia dla wykonania tego typu robót).

Artykuł 63 dyrektywy 2014/24/UE dotyczy polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania spełniania odpowiednich kryteriów kwalifikacji w danym postępowaniu:

„1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.
2. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub. w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy.”

Zatem dyrektywa przewiduje uprawnienie dla wykonawców, aby w odniesieniu do pewnych kryteriów określonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli polegać na zdolności innych podmiotów. Przepis odnosi się do m.in. kryteriów zdolności technicznej i zawodowej: o kryteriach kwalifikacji w tym zakresie stanowi art. 58 ust. 4 dyrektywy: „W odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy, które wymagają wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, na usługi lub roboty budowlane, zdolność zawodowa

wykonawców do świadczenia usługi lub wykonania instalacji lub robót budowlanych może być oceniana w odniesieniu do ich umiejętności, efektywności, doświadczenia i rzetelności”. Warunki udziału w postępowaniu ustanawiane są po to, żeby wyłonić do realizacji zamówienia podmiot, który swoim statusem, tj. posiadaniem doświadczeniem, kadrami, która to zamówienie będzie fizycznie wykonywała oraz zdolnością finansową i ekonomiczną, jest nie tylko w stanie udźwignąć realizację takiego zamówienia, ale który również jest w stanie zrealizować to zamówienie należycie. Dlatego zamawiający, mając na uwadze okoliczności postępowania i jego przedmiot poprzez warunki udziału określa minimalny poziom doświadczenia, kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i zdolności finansowych, których posiadanie da mu gwarancję, że spełniający je podmiot jest w stanie należycie zrealizować dane zamówienie.

Poleganie na zdolnościach innych podmiotów ma być takim rodzajem polegania na tych zdolnościach, aby gwarantowało ono rzeczywiste korzystanie z tych zdolności przy wykonywaniu zamówienia w celu wykonania tego zamówienia na wymaganym poziomie. Zatem nie będzie wystarczające wykazanie posiadania tych zdolności jedynie w dokumentach przez samo oświadczenie czy złożenie ogólnego zobowiązania do udostępnienia danych zasobów przez podmiot trzeci. I o ile dyrektywa i ustawa Prawo zamówień publicznych nie narzucają rodzaju stosunków prawnych, jakie mają łączyć wykonawcę z podmiotem, na którego zasobach polega, to jednak wskazują, że musi to być stosunek prawny, na podstawie którego będzie można uznać za udowodnione, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami. Poleganie na zasobach podmiotów trzecich i wykazywanie ich w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału oznacza, że wykonawca potwierdza, że dysponuje potencjałem na takim poziomie, który gwarantuje wykonanie prawidłowe zamówienia i że potencjał ten zostanie przez niego wykorzystany na etapie realizacji zamówienia, a zapewnić wykonanie może jedynie potencjał, który będzie realnie wykorzystywany do realizacji zamówienia. Nie można bowiem wykazywać posiadania potencjału, który ma zapewnić wykonanie zamówienia, a następnie użyć do wykonania zamówienia potencjału zupełnie innego, który nie odpowiada wymogom zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej i w ofercie wykonawcy. W przepisach dyrektywy 2014/24/UE i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych znalazły się regulacje, z których wynika jednoznacznie obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że będzie realnie dysponował potencjałem wykazywanym w ofercie na etapie realizacji zamówienia. Na obowiązek realnego wykorzystania wskazuje również ww. przepis dyrektywy, który stanowi, że wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Jednakże dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy.

Zamawiający musi mieć możliwość weryfikacji realności udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, co na etapie badania i oceny ofert odbywa się na podstawie składanych dokumentów. Oznacza to, że treść tych dokumentów musi być jednoznaczna, a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia.

Z treści regulacji można wywnioskować, iż „w stosownych sytuacjach” oznacza, że wykonawca może powoływać się na zdolności innych podmiotów tam, gdzie jest to możliwe. Mogą bowiem wystąpić sytuacje, w których przedmiot zamówienia będzie uzasadniał wykonanie zamówienia i tym samym wykazanie spełniania warunków przez samego wykonawcę, bez możliwości powołania się na potencjał podmiotów trzecich.

Mając na uwadze zasadę realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia materializowaną poprzez bezpośredni udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, trudno pogodzić ten fakt z treścią punktu 3.33 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający wskazuje, że kluczowymi częściami przedmiotu zamówienia są roboty wskazane w punkcie 16 „specyfikacja ST-15 instalacje technologiczne, wyposażenie techniczne i montaż”.

Skoro wskazane w punkcie 16. „specyfikacja ST-15 instalacje technologiczne, wyposażenie techniczne i montaż” roboty zostały wyłączone z możliwości podwykonawstwa, może je wykonywać jedynie sam wykonawca składający ofertę. Winien więc on spełniać także warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tak, by móc samodzielnie wykonać ten zakres robót, bez posiłkowania się obligatoryjnymi podwykonawcami, którymi w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia muszą być podmioty trzecie udostępniające ten zasób. Słowo „kluczowe” oznacza najważniejsze, najbardziej newralgiczne (być może najdroższe) świadczenia czy też elementy będące sednem danego zamówienia. W przypadku zastrzeżenia w dokumentacji obowiązku osobistego wykonania kluczowej części zamówienia, organizator postępowania oczekuje wykonania zamówienia własnymi zasobami wykonawcy. Taka konstrukcja przepisu ma premiować tych wykonawców, którzy swoją pozycję przetargową budują na własnych zasobach technicznych, sprzętowych i kadrowych. Obecnie z art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych wykreślono ust. 3, co oznacza, że wskazane przez zamawiającego części zamówienia wykonawca będzie musiał wykonać osobiście (bez udziału podwykonawców), wykonawca nie będzie mógł polegać na zasobach podmiotów trzecich, w myśl art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jeśli zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, to na gruncie znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca będzie musiał je wykonać

samodzielnie. Zniesiono możliwość wykonywania tych prac przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje doświadczenie. W ten sposób zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania wyłącza również możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wykształcenia, kwalifikacji czy doświadczenia. Wykonawca nie może zastrzeżonych prac powierzyć w formie podwykonawstwa, a podwykonawstwo jest w robotach budowlanych i usługach warunkiem udostępnienia potencjału.

Konsorcjum HYDRO-MARKO przedstawiło zatem sposób realizacji zamówienia niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w związku z tym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1224/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ENVIROTECH Sp. z o.o. oraz Stalbudom Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, którego skutkiem było bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie względem Odwołującego, skutkujące bezzasadnym uznaniem, iż oferta przez niego złożona jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty oraz brak jego zastosowania względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i M.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P., podczas gdy złożona przez nich oferta pozostaje niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania względem Odwołującego w zakresie uzupełnienia dokumentu w postaci wykazu stanowiącego załącznik nr 7 (wykaz oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów), ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak jego zastosowania względem Odwołującego, skutkujący zaniechaniem wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 lub art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek braku

wykluczenia z postępowania Konsorcjum HYDRO-MARKO lub odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo zaistnienia przesłanek uzasadniających dokonanie ww. czynności.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO) oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez Odwołującego – zgodnie z przepisami prawa oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w treści rozdziału I ust. 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumenty i oświadczenia składane przez Wykonawców na podstawie wezwania Zamawiającego” w punkcie 10. Zamawiający określił katalog dokumentów składanych „na wezwanie w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego (załącznik nr 7):

- a) oświadczenie, że zastosowane przez wykonawcę przy realizacji zadania materiały będą posiadały właściwości użytkowe wymagane przy tego typu robotach, a także będą posiadały ważne atesty, aprobaty techniczne i deklaracje zgodności dopuszczające do stosowania, które na każde żądanie Zamawiającego zostaną niezwłocznie dostarczone,
- b) oświadczenie o zapoznaniu się z terenem, zaakceptowaniu warunków przetargu - zał. nr 7
- c) wykaz oferowanych kluczowych urządzeń i materiałów – załącznik nr 8.

Zamawiający wymagał podania informacji dotyczących m.in. nazwy, typu, producenta, czy też parametrów kluczowych urządzeń i materiałów, przy zastosowaniu których zrealizuje zamówienie. Dodatkowo w punkcie 4. Zamawiający wskazał: „W celu wykazania, że oferowane urządzenie nie jest prototypem, tj. jest sprawdzone w działaniu, pracuje na innych zrealizowanych obiektach (oczyszczalniach ścieków komunalnych) przez okres nie krótszy niż jeden rok, Wykonawca wskaże w kolumnie 7 co najmniej jedną lokalizację, w której dane urządzenie zostało sprawdzone w działaniu. W razie wątpliwości Zamawiającego co do faktycznego funkcjonowania danego urządzenia we wskazanej lokalizacji, Zamawiający będzie uprawniony do zwrócenia się do podmiotu obsługującego daną oczyszczalnię o potwierdzenie cech i okresu pracy urządzenia we wskazanej lokalizacji”.

Odwołujący w przedmiotowym wykazie zawarł 72 pozycje, w których wyszczególnił kluczowe urządzenia, przy zastosowaniu których zrealizuje przedmiotowe postępowanie i poprzez załączenie stosownych dokumentów technicznych (kart katalogowych, specyfikacji, certyfikatów i atestów) potwierdził, iż urządzenia te spełniają wszelkie wymogi zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo wskazał w kolumnie nr 7 przykładowe lokalizacje, w których dane urządzenie funkcjonuje – na potwierdzenie, iż nie

jest ono prototypem. Wśród wymienionych lokalizacji znalazło się m.in. OŚ Stargard Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Stargardzie przy ul. Okrzei 6.

W toku oceny i badania ofert Wykonawca otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty (pismo z 12 maja 2017 r.), w którym zadano m.in. następujące pytanie: „Proszę o informację, czy zgodnie z przedstawionym w Państwa ofercie oświadczeniem, zamontowaliście Państwo armaturę firmy T.I.S. w oczyszczalni ścieków w Stargardzie Szczecińskim”.

Ze względu na okoliczność, iż to nie Odwołujący dokonywał montażu armatury firmy T.I.S. w ww. obiekcie, Wykonawca odpowiedział: „Zgodnie z informacjami przedstawionymi w naszej ofercie i uzupełnieniach, niniejszym wyjaśniamy i potwierdzamy, iż armatura firmy T.I.S. została zamontowana w oczyszczalni ścieków w Stargardzie Szczecińskim i pracuje poprawnie. Jako potwierdzenie tego faktu przedkładamy pismo z firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o. z dnia 15-05-2017 r. potwierdzające, iż firma T.I.S. dostarczyła w latach 2013-2014 armaturę o wartości ok. 200.000 zł netto na potrzeby zadania inwestycyjnego dotyczącego rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków w Stargardzie Szczecińskim i że armatura ta działa poprawnie” (odpowiedź z 15 maja 2017 r.).

Również z otrzymanego zawiadomienia o wykluczeniu Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu jego oferty wynika, iż „Zamawiający powziął wątpliwość w zakresie treści złożonego przez wykluczonego Wykonawcę oświadczenia zawartego w załączniku nr 8 (...) Wątpliwość ta dotyczyła potwierdzenia faktu czy wykluczony wykonawca dokonał montażu urządzeń producenta T.I.S. Polska Sp. z o.o. na oczyszczalni ścieków komunalnych w Stargardzie, W wyniku tych wątpliwości Zamawiający skierował do wykluczonego Wykonawcy – zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wniosek o wyjaśnienie tej kwestii.”

Wątpliwość, o której mowa wyżej, została wyjaśniona – Odwołujący nie potwierdził osobistego montażu armatury firmy T.I.S. na obiekcie w Stargardzie Szczecińskim, gdyż wykonawcą zadania pn. „Rozbudowa, przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Stargardzie Szczecińskim – dokończenie realizacji zadania” było Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., któremu w latach 2013-2014 armaturę dostarczył producent T.I.S. Polska Sp. z o.o., co wynikało z treści oświadczenia złożonego przez producenta, a załączonego do wyjaśnień z 15 maja 2017 r. Osobisty udział Odwołującego w montażu kluczowych urządzeń nie był przez Zamawiającego wymagany. Dlatego też nie sposób uznać, iż informacje podane w odpowiedzi Odwołującego z 15 maja 2017 r. mogły w jakikolwiek sposób wprowadzić Zamawiającego w błąd, czy też zawierały nieprawdziwe informacje. W rzeczywistości bowiem doszło do zamontowania w oczyszczalni

ścieków w Stargardzie Szczecińskim armatury firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o., która działała poprawnie.

Jak wynika z informacji Zamawiającego „dokonał weryfikacji oświadczenia złożonego przez Wykluczonego Wykonawcę, zawartego w załączniku nr 8 (...) i otrzymał potwierdzenie, że na oczyszczalni ścieków komunalnych w Stargardzie nie zostały zamontowane i nie pracują od co najmniej roku wykazane poniżej urządzenia producenta T.I.S. Polska Sp. z o.o., jakie w treści załącznika nr 8 wskazał wykluczony wykonawca.”

W rzeczywistości Zamawiający powziął więc innego rodzaju wątpliwość, której nigdy nie wyartykułował w treści korespondencji kierowanej do Odwołującego, dotarł bowiem do informacji, zgodnie z którymi na obiekcie w Stargardzie Szczecińskim nie zostały zamontowane określone urządzenia armatury wyprodukowane przez T.I.S. Polska Sp. z o.o. W zakresie wyżej wskazanej wątpliwości Zamawiający nie wystąpił skutecznie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień czy o uzupełnienie dokumentu.

Nawet jeżeli Zamawiający miał intencję wyjaśnić z Odwołującym ten zakres wątpliwości, to stwierdzić nie odzwierciedlił tego w treści korespondencji, gdyż pismo z 12 maja 2017 r. dotyczyło wątpliwości, czy Odwołujący dokonał montażu urządzeń producenta T.I.S. Polska Sp. z o.o. na oczyszczalni ścieków komunalnych w Stargardzie. Wykonawca nie miał więc szansy wypowiedzenia się co do dostrzeżonych przez Zamawiającego nieścisłości, wynikających z wykazu stanowiącego załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby Zamawiający przedstawił w sposób jasny i klarowny swoje zastrzeżenia, uzyskałby nie tylko wyjaśnienie, wskazujące na omyłkę co do przedstawionej w wykazie lokalizacji, ale prawdopodobnie również uzupełniony wykaz, gdyż Zamawiający nadał temu dokumentowi charakter dokumentu przedmiotowego, potwierdzającego, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Uzupełnienie przedmiotowego wykazu nastąpiłoby przy zachowaniu wszystkich wskazanych w wykazie pozycji (tj. z uwzględnieniem wszystkich wyszczególnionych przez Odwołującego urządzeń, przy zastosowaniu których miał wykonać zamówienie), a jedynie ze zmienionym oznaczeniem lokalizacji.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczając Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie doszło bowiem do ziszczenia się przesłanek faktycznych, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma bowiem mowy o tym, by Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też kryteria selekcji, bądź też, by zataił te informacje przed Zamawiającym. Informacje zawarte w spornym

wykazie nie miały bowiem potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani też przesłanek wykluczenia z postępowania. Odwołujący był w stanie przedstawić wszelkie wymagane dokumenty, lecz Zamawiający zaniechał stosownego wezwania.

Nie ma również mowy o przedstawieniu przez Odwołującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nieścisłość wynikająca z wykazu stanowiącego załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadza się wyłącznie do omyłki w zakresie wskazanej lokalizacji i omyłkę tę wykonawca powinien był mieć szansę wyjaśnić oraz poprawić poprzez uzupełnienie dokumentu, na co Zamawiający nie dał mu szansy. W ocenie Odwołującego to raczej Zamawiający treścią zapytania z 12 maja 2017 r. wprowadził Odwołującego w błąd co do rzeczywistych wątpliwości, których wyjaśnienia oczekuje.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Nie ulega wątpliwości, iż wykaz stanowiący załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia został przez Zamawiającego zakwalifikowany jako dokument przedmiotowy potwierdzający okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Potwierdzają to same postanowienia zawarte w treści rozdziału I ust. 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumenty i oświadczenia składane przez Wykonawców na podstawie wezwania Zamawiającego”, gdzie w punkcie 10. Zamawiający określił katalog dokumentów do złożenia przez wykonawców na wezwanie w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Taki charakter wykazu potwierdza również treść ogłoszenia o zamówieniu (pkt. III.6.).

Sam Zamawiający oparł przedmiotowe wezwanie na przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dając jednoznacznie wyraz temu, iż wykaz ten stanowi dla niego dokument potwierdzający okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych (zgodnie bowiem z art. 26 ust. 4 Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Oznacza to, że skoro Zamawiający uzyskał wiedzę, zgodnie z którą wyszczególnione w wykazie pozycje dotyczące armatury producenta T.I.S. Polska Sp. z o.o., nie zostały zamontowane w obiekcie w Stargardzie Szczecińskim, zobowiązany był zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i przede wszystkim dać Odwołującemu szansę na wyjaśnienie tej kwestii i przedłożenie prawidłowego dokumentu. Ewentualnie, w razie uznania, iż przedmiotowy wykaz nie jest dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz merytoryczną częścią oferty (ofertą *sensu stricto*), uznać należy, iż Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wyniku uzyskanych od Odwołującego wyjaśnień Zamawiający zobligowany byłby zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Odwołujący spełnia wymóg Zamawiającego, aby oferowane urządzenie nie było prototypem odnośnie wszystkich pozycji dotyczących urządzeń armatury produkowanej przez T.I.S. Polska Sp. z o.o., wyszczególnionych w wykazie stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli oznaczenie lokalizacji, w których dane urządzenia pracują, zostało błędnie podane wskutek omyłki.

Poprawienie omyłki polegającej na wadliwym oznaczeniu lokalizacji (przy czym w Stargardzie Szczecińskim została zamontowana armatura producenta T.I.S. Polska Sp. z o.o., choć inna niż wskazana w wykazie) nie stanowiłoby istotnej zmiany w treści oferty. Za istotny element oferty bowiem należałoby ewentualnie uznać wykaz samych urządzeń, nie zaś informację o lokalizacjach, w których doszło do montażu danych urządzeń i w których zostało sprawdzone ich działanie, która to informacja nie ma nic wspólnego z zakresem przedmiotu oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 lub art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek braku wykluczenia z postępowania Konsorcjum HYDRO-MARKO lub odrzucenia ich oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsorcjum nie spełniają wymogu dotyczącego zakazu stosowania urządzeń prototypowych i niesprawdzonych w działaniu. Wykonawcy ci bowiem na potwierdzenie, iż oferowane urządzenie nie jest prototypem, w załączonym do oferty wykazie wymienili m.in. niżej

wskazane urządzenia kluczowe wraz ze wskazaniem następujących lokalizacji: pozycja 55. Kratopiaskowniki – 2 szt (kratopiaskownik z kratą panelowo-hakową), pozycja 57. krata panelowo-hakowa 3mm – 2 szt, pozycja 58. prasa wałowa z systemem płukania skratek – 1 szt, pozycja 61. płuczka piasku – 1 szt.

Zgodnie z informacjami zawartymi w ww. wykazie wszystkie wymienione wyżej urządzenia produkcji Stalbudom Sp. z o.o. pracują na oczyszczalni ścieków obsługiwanej przez Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Odolanowie. W tym zakresie informacje przekazane przez wykonawcę pozostają nieprawdziwe. W latach 2010-2013 r. spółka Envirotech Sp. z o.o. wykonywała w ramach realizacji umowy z Gminą Odolanów kompleksową przebudowę jedynej oczyszczalni, której użytkownikiem był Zakład Usług Komunalnych w Odolanowie. Dlatego też Odwołujący dysponuje wiedzą co do tego, iż na oczyszczalni tej nie pracuje żaden kratopiaskownik wyposażony w kratę panelowo- hakową, czy też sama krata panelowo-hakowa. Nie pracuje również żadna prasa wałowa z systemem płukania skratek, a jedynie zainstalowane są prasopłuczki skratek o zupełnie innej konstrukcji niż zaprojektowane na oczyszczalni ścieków w Siechnicach. We wskazanej lokalizacji pracuje co prawda płuczka piasku, ale firmy Huber Technology, a nie firmy Stalbudom Sp. z o.o. Urządzenia takie jak kratopiaskownik, krata panelowo-hakowa, prasa wałowa z systemem płukania skratek oraz płuczka piasku są urządzeniami kluczowymi, których prawidłowe i bezawaryjne działanie ma bezpośredni wpływ na przebieg oczyszczania ścieków. Są to urządzenia, których praca ma o wiele większe znaczenie dla procesu niż praca armatury.

Jednak Zamawiający nie dokonał szczegółowej weryfikacji oferty złożonej przez ww. wykonawców w tym zakresie. W przeciwnym wypadku dokonałby albo czynności wykluczenia ww. wykonawców z postępowania na tej samej podstawie prawnej, którą zastosował względem Odwołującego, bądź też odrzuciłby złożoną przez ww. wykonawców ofertę jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) w związku z brakiem wykazania przez ww. wykonawców, iż oferowane urządzenia nie są prototypami. Tym samym Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

W zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty Zamawiający zaznaczył, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu. Zamawiający podkreślił, iż w toku oceny

i badania ofert skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, jednak wykonawca w odpowiedzi nie przedstawił argumentacji potwierdzającej, że treść złożonej przez niego oferty jest zgodna z warunkami wskazanymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikach do niej.

a) Zarzut 1. (strona 4-dotycząca produkcji hydrantów): Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w dziale ST-15 „Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż” w punkcie 5.4.6. określił wymóg polegający na tym, że wszelka armatura pochodzić ma od jednego producenta. Odwołujący podał, że dokona montażu armatury firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o. Zdaniem Zamawiającego do urządzeń rozumianych jako armatura zaliczają się także hydranty, których firma T.I.S. Polska Sp. z o.o. nie produkuje. Zamawiający w celu potwierdzenia powyższego skierował zapytanie do firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o. i otrzymał potwierdzenie, że firma ta nie produkuje hydrantów. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i otrzymał wyjaśnienia, zgodnie z którymi oferowana armatura pochodzi od jednego producenta, co nie może polegać na prawdzie. W ofercie dostępnej na stronie internetowej i w oficjalnym cenniku tej firmy nie widnieje oferta na hydranty, co także potwierdza, że wykonawca złożył ofertę, której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

12 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m. in. w zakresie armatury, której producentem jest firma T.I.S. Polska Sp. z o.o. 15 maja 2017 r. wykonawca przesłał wyjaśnienie, iż oferowana armatura spełnia wymagania opisane w dziale ST-15 „Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż” w punkcie 5.4.6., tj. armatura pochodzi od jednego producenta. Firma T.I.S. oferuje wszelką niezbędną armaturę, jaka będzie zamontowana w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami działu ST-15 „Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż”. Zamawiający weryfikował bez oficjalnego powiadomienia wykonawcy złożone przez niego oświadczenie. Dlatego Odwołujący 26 maja 2017 r. po raz kolejny przesłał wyjaśnienie, z którego jednoznacznie wynika, że hydranty nie są objęte wymaganiami działu ST-15. Nie można wymagać, aby producent armatury produkował elementy, które nie są przedmiotem dostawy objętej ST-15. Takie działania byłyby nie tylko irracjonalne, ale też naruszałyby uczciwą konkurencję sugerując konkretnego producenta. W projekcie wykonawczym jako przykładowego producenta podano firmę Ebro, która nie jest producentem hydrantów, co wskazuje kierunek interpretacji przedmiotowego zastrzeżenia.

W zamówieniu hydranty zostały zaprojektowane na sieci wodociągowej, której wykonanie odbywać musi się zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności z projektami budowlanymi, wykonawczymi oraz działem ST-16 „Sieci sanitarne zewnętrzne (sieć wodociągowa i kanalizacyjna)”. W żadnym z tych dokumentów

nie ma wymogu, że hydranty muszą zostać wyprodukowane przez tego samego producenta, co inna armatura dostarczona w ramach realizacji całej umowy o roboty budowlane, która obejmuje realizację różnych rodzajów i zakresów robót. W projekcie wykonawczym jako przykładowego producenta podano firmę Hawle, która z kolei nie jest producentem zastawek kanałowych. Wskazuje to, że autor dokumentacji projektowej wskazał możliwość zamontowania hydrantów innej firmy niż producenta pozostałej armatury, zaś dokumentację należy czytać tak, jak jej przeznaczenie wymaga.

b) Zarzut 2. (strona 4. – zakres dotyczący dmuchaw) – Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał parametry techniczne, jakie spełniać powinny dmuchawy, parametry te dotyczyły wydajności, wyposażenia (w stopień sprężający zbudowany w oparciu o wirniki bez dodatkowej powłoki oraz łożyskowane w łożyskach wałeczkowych), zastosowanego tłumika wylotowego absorpcyjnego, przewodów spustowych oleju, osłon pasów napędowych zabezpieczających przed wypadkiem, integracji z przetwornicą częstotliwości zamontowaną we wspólnej obudowie, sterownika, sposobu zapisania danych dmuchaw, czasu pracy itp. Ponieważ po stronie Zamawiającego powstała wątpliwość, czy Odwołujący zaoferował dmuchawy spełniające określone parametry techniczne, skierował on do tego wykonawcy wniosek o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi wykonawca podał, że: „we wszystkich wyłuszczonej przez Zamawiającego parametrach oferowane przez nas dmuchawy spełniają postawione wymagania”. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił tylko wyłuszczonej warunków, lecz opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, dokładny i wyczerpujący. W postępowaniu oferty zostały złożone przez 3 wykonawców. Wszyscy Wykonawcy poza Odwołującym przedstawili w ofertach dmuchawy spełniające warunki wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nigdzie nie wskazał, że oczekuje, aby wykonawca spełnił dla dmuchaw tylko te wyłuszczone warunki. Zamawiający w sposób jasny określił parametry techniczne, jakich oczekuje w zakresie dmuchaw. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego Odwołujący złożył ofertę o treści sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaoferował: dmuchawy walcowe ze zintegrowaną przetwornicą częstotliwości firmy Aerzen o parametrach: silnik 22 kW, spręż. pracy 600 mbar, wydajność min 264,3 [mVh]/max 925,0 [m³/h] oraz dmuchawy walcowe o parametrach technicznych silnik 11 kW, spręż. pracy 600 mbar, wydajność min. 88,0 [m³/h] 1,47 m³/min max 925,0 [m³/h] 7,19 m³/min.

Firma Aerzen podaje w swoich kartach katalogowych taką samą wydajność maksymalną, jakiej wymaga Zamawiający w dokumentacji przetargowej, z tym, że z tolerancją +7/-5%, a w specyfikacji nie napisano nic o możliwości podawania wydajności z tolerancją +7/-5%.

W związku z tym owe dmuchawy mogą mieć wydajność: zamiast 925m³/h – 888,25 m³/h oraz zamiast 431 m³/h – 405 m³/h.

Powyższy zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezasadny. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podał normy, na podstawie której zostało dobrane urządzenie. Firma Aerzen nie stosuje tolerancji +7/-5%, jak przytoczono w przedmiotowym piśmie. Urządzenia zostały dobrane w oparciu o obowiązującą normę ISO 1217:2009 (norma określająca metody pomiaru wydajności w odniesieniu do natężenia przepływu oraz poboru mocy w maszynach wyporowych. Jest to aktualnie obowiązująca norma dla maszyn wyporowych). Nie ma więc możliwości zgodnego z obowiązującymi normami określenia wydajności oferowanych dmuchaw bez podania tolerancji zgodnej z normą ISO 1217:2009 załącznik E. W oparciu o normę ISO 1217:2009 określona jest również wydajność dmuchaw oferowanych przez pozostałych wykonawców. Firma Kaeser Kompressoren również w swojej ofercie odwołuje się do tej normy, a tym samym oferowane przez tę firmę dmuchawy również cechują się określonym przedziałem tolerancji wydajności. Odwołujący potwierdza, że oferowane przez firmę Aerzen dmuchawy spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

c) Zarzut 2.2a (strona 6 – dot. łożyska dmuchaw) – Zamawiający postawił zarzut: stopień sprężający zbudowany w oparciu o wirniki bez dodatkowej powłoki oraz łożyskowane na łożyskach wałeczkowych

Agregat dmuchaw Aerzen Delta Blower łożyskowany jest w oparciu jedynie o łożyska kuleczkowe (interwał wymiany nawet przy 20.000 h pracy) o niższej żywotności od łożysk wałeczkowych (żywotność nie mniejsza niż 100.000 h pracy).

15 maja 2017 r. wykonawca przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.1.1) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: agregat dmuchawy rotacyjnej firmy Aerzen GM 15L stopień sprężający z trójskrzydłowymi rotorami wyposażony w kanały redukujące pulsacje tłoczenia. Wirniki wykonane bez dodatkowej powłoki oraz łożyskowane na łożyskach wałeczkowych.

Na stronie 7. (punkt 2.1.1) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: agregat dmuchawy rotacyjnej firmy Aerzen GM 10S Stopień sprężający z trójskrzydłowymi rotorami wyposażony w kanały redukujące pulsacje tłoczenia. Wirniki wykonane bez dodatkowej powłoki oraz łożyskowane na łożyskach wałeczkowych. Oferowane przez Odwołującego dmuchawy spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

d) Zarzut 2.2b (strona 6 – tłumik dmuchaw) – Zamawiający postawił zarzut: przekładnię pasową i silnik elektryczny klasy min. IE3. Ramę nośną sprzężoną z: wahadłową półką utrzymującą silnik i napinaczem, która zapewnia prawidłowy naciąg pasów w czasie pracy

oraz tłumikiem wylotowym absorpcyjnym. Firma Aerzen we wszystkich dmuchawach stosuje tłumik wylotowy rezonansowy, bez materiałów wytłumiających.

15 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.1.8) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: Tłumik wylotowy interferencyjny. Na stronie 7 (punkt 2.1.8) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 10S: Tłumik wylotowy interferencyjny.

Wykonawca potwierdza zaproponowanie równoważnego tłumika akustycznego na tłoczeniu (jednak bez materiałów absorpcyjnych, które klarownie są zagrożeniem instalacji napowietrzania).

Zgodnie z zał. nr 8 pkt. 5.2.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia „zastosowane materiały/urządzenia miały parametry techniczne spełniające wymogi określone w dokumentacji lub – w przypadku urządzeń nie ujętych w powyższej tabeli – nie gorsze od zaprojektowanych, przy czym przyjmuje się, że wszelkie materiały i urządzenia określone w dokumentacji dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia pochodzące od konkretnych producentów lub ze wskazaną marką albo patentem, określają minimalne parametry techniczne, jakościowe i użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały/urządzenia oferowane, aby spełnić wymagania stawiane przez, Zamawiającego.” Zgodnie z powyższym zapisem oraz kartą pracy dmuchaw newralgiczny parametr, za który odpowiada tłumik wylotowy, czyli poziom dźwięku akustycznego został osiągnięty, a więc wymóg: „urządzenia będą miały parametry techniczne (...) nie gorsze od zaprojektowanych” został spełniony. Ponadto powszechnie wśród eksploatatorów oczyszczalni używających dmuchawy z tłumikiem wylotowym z materiałami absorpcyjnymi występuje zjawisko zapychania się dyfuzorów materiałami tłumiącymi dźwięki (materiał absorpcyjny traci swoje właściwości i z biegiem czasu odrywa się od tłumika przy pomocy przepływu powietrza, trafiając do dyfuzorów i zapychając ich pory). Dodatkowo po krótkim czasie eksploatacji tłumiki te tracą swoje właściwości oraz zdolność tłumienia hałasu. Dlatego można uznać, że oferowane tłumiki bez materiałów absorpcyjnych są w 100% równoważne, a nawet w okresie dłuższego użytkowania lepsze gdyż nie tracą swoich właściwości tłumienia .

e) Zarzut 2.2f (strona 6 – przewody spustowe oleju zakończone zaworami). Zamawiający postawił zarzut: przewody spustowe oleju zakończone zaworami – dmuchawy Aerzen nie spełniają również powyższego warunku. Zawory spustowe w dmuchawie Aerzen zakończone gwintowanym króćcem – w celu spuszczenia oleju, potrzeba specjalna nasadka. Powyższy zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezasadny, o czym w szczególności poniżej.

15 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.1.7) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 15L: Przewody spustowe oleju zakończone zaworami. Na stronie 7. (punkt 2.1.7) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 10S: przewody spustowe oleju zakończone zaworami.

f) Zarzut 2.2g (strona 6 – osłony pasów) Zamawiający postawił zarzut: osłony pasów napędowych zabezpieczające przed wypadkiem. W dmuchawach Delta Blower brak jest osłony pasów napędowych, zgodnie z przepisami BHP, otwarcie obudowy może nastąpić jedynie po wyłączeniu maszyny.

Powyższy zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezasadny. 15 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.1.7) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: napęd pasowy z osłoną. Na stronie 7. (punkt 2.1.7) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: napęd pasowy z osłoną.

g) Zarzut 2.2 (strona 7. – szafa sterownicza) – Zamawiający postawił zarzut: w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawiono również warunek iż dmuchawa nie może być wyposażona w chłodnicę i pompę oleju, które powodują dodatkowy pobór energii. Obudowa wyciszająca powinna ograniczyć hałas do poziomu nie przekraczającego 72 db(A) (dmuchawy do napowietrzania komór reaktorów porcjowych SBR) oraz 69db(A) (dmuchawy do napowietrzania komór komory tlenowej stabilizacji osadów) mierzonego zgodnie z DIN EN ISO 2151. Dmuchawa zintegrowana z przetwornicą częstotliwości zamontowaną we wspólnej obudowie oraz Sterownik AS3QGC AERtronic do obsługi i kontroli sprężarki rotacyjnej i sterowanie sterownikiem nadzorującym takie parametry pracy dmuchawy”. Aerzen oferuje osobną szafę sterowniczą z falownikiem – osobny element nie mający nic wspólnego z ideą zintegrowanej maszyny, potwierdza to możliwość ustawienia dmuchaw „bok w bok”. Na dmuchawę z przetwornicą musi być wydana deklaracja CE przez producenta dmuchawy. AR oferuje zewnętrzną szafkę elektryczną, na maszynę nie mogą wystawić deklaracji maszyny ukończonej CE.

Szafy elektryczne Aerzen mogą zostać wykonane w dwojaki sposób: zarówno w postaci zintegrowanej szafy włącznie z agregatem dmuchawy lub jako wolnostojąca szafa. W oferowanych w postępowaniu przetargowym dmuchawach szafa sterownicza jest zintegrowana z dmuchawą. 15 maja 2017 r. wykonawca przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: elementy obsługowe zintegrowane w obudowie. Na stronie 7. (punkt 2.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla

oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: elementy obsługowe zintegrowane w obudowie. Firma Aerzen wraz z dostawą urządzeń dostarcza wszystkie wymagane prawem i zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty.

h) Zarzut 2.3 (strona 7. – wentylator dmuchaw) Zamawiający postawił zarzut: ciśnienie powietrza wlotowe, ciśnienie powietrza wylotowe, temperatura powietrza wlotowa i temperatura powietrza wylotowa, temperatura wewnątrz obudowy, zabrudzenie filtra, poziom i temperatura oleju. Sterownik musi kontrolować poprawną temperaturę silnika oraz kontrolować wentylator. W dmuchawach Delta Blower wentylator zamontowany jest na sztywno na wale dmuchawy, więc nie ma nad nim żadnej kontroli. W dmuchawach wymaganych przez Zamawiającego np. wentylator jest elektryczny i sterowany przez komputer w dmuchawie, gdzie zaprogramowany jest np. wybieg wentylatora – 15 min po wyłączeniu dmuchawy wentylator nadal pracuje schładzając dmuchawę – w dmuchawie Aerzen jest to nie możliwe.

15 maja 2017 r. wykonawca przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: Opcjonalnie kontrola wentylatora. Na stronie 7 (punkt 2.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 10S: opcjonalnie kontrola wentylatora.

i) Zarzut 2.4. (strona 7 – zapis na karcie SO) – Zamawiający postawił zarzut: dmuchawa zintegrowana z przetwornicą częstotliwości zamontowaną we wspólnej obudowie oraz sterownikiem nadzorującym takie parametry jak: ciśnienie powietrza wlotowe, ciśnienie powietrza wylotowe, temperatura powietrza wlotowa i temperatura powietrza wylotowa temperatur wewnątrz obudowy, zabrudzenie filtra, poziom i temperatura oleju. Sterownik musi kontrolować poprawną temperaturę silnika oraz kontrolować wentylator. Wszystkie powyższe dane oraz czas pracy dmuchawy powinny być zapisywane na karcie SD oraz na bieżąco przesyłane do serwisu producenta. Komunikacja serwis producenta – dmuchawa śrubowa musi być realizowana poprzez łączność komórkową niezależną od Zamawiającego i nie obciążać go kosztami.

Dane w dmuchawach Aerzen zapisywane są w pamięci sterownika. W sterowniku dmuchaw wymaganych przez Zamawiającego np. dane zapisywane na karcie SD 2 lata wstecz. Po wyjęciu karty istnieje możliwość analizy pracy dmuchawy na komputerze PC. Aerzen nie podaje, na czym polega komunikacja dmuchawy z serwisem. Firma Aerzen nie świadczy usługi stałego monitoringu pracy dmuchaw.

15 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5. (punkt 1.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: wizualizacja i zapis parametrów pracy opcjonalnie również na karcie

SD. Na stronie 5. (punkt 1.6.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: Komunikacja dmuchawa – serwis Aerzen. Na stronie 7. (punkt 2.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: wizualizacja i zapis parametrów pracy opcjonalnie również na karcie SD. Na stronie 7. (punkt 2.6.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: Komunikacja dmuchawa – serwis Aerzen.

j) Zarzut 2.5 (strona 8 – wyposażenie w gniazdo karty SD, RFID) – Zamawiający postawił zarzut: dmuchawa powinna być wyposażona w gniazdo karty SD do zapisu danych i aktualizacji, czytnik RFID, serwer sieciowy. W oferowanych dmuchawach Aerzen brak jest czytnika zbliżeniowego RFID i serwera sieciowego w sterowniku.

15 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 5 (punkt 1.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 15L: Wizualizacja i zapis parametrów pracy opcjonalnie również na karcie SD oraz dostęp przez czytnik RFID. Na stronie 5. (punkt 1.6.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 15L: Komunikacja dmuchawa – serwis Aerzen poprzez serwer sieciowy. Na stronie 7. (punkt 2.5.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ: GM 10S: Wizualizacja i zapis parametrów pracy opcjonalnie również na karcie SD oraz dostęp przez czytnik RFID. Na stronie 7 (punkt 2.6.0) producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych dmuchaw Delta Blower G5 Aerzen Typ GM 10S: Komunikacja dmuchawa – serwis Aerzen poprzez serwer sieciowy.

k) Zarzut 3 (strona 8 - zasuwa nożowa do ścieków) – Zamawiający postawił zarzut: Z dostępnych na stronie T.I.S Polska Sp. z o.o. kart katalogowych wynika, że wskazana armatura w zakresie budowy znacznie odbiega od wymogów Zamawiającego, w szczególności: Zasuwa nożowa do ścieków: obustronne profile zgarniające zapewniające czyszczenie płyty zasurowej. 5 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 125. producent w karcie katalogowej potwierdza dla oferowanych zasuw nożowych wyposażenie w skrobaki noża, czyli obustronne profile zgarniające zapewniające czyszczenie płyty zasurowej. Wrzeczono niewznoszące się (tylko dla napędu ręcznego); na stronie 125. producent w karcie katalogowej potwierdza zastosowanie trzpienia niewznoszącego (art. A052): wrzeczono wznoszące się (pozostałe napędy).

5 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 125. producent w karcie katalogowej potwierdza zastosowanie trzpienia wznoszącego (art. A053): zewnętrzne części ruchome zabezpieczone osłoną ze stali nierdzewnej oraz zastosowanie zewnętrznej obudowy izolacyjnej.

l) Zarzut 3 (strona 10 – przepustnica międzykołnierzowa) – Zamawiający postawił zarzut: z dostępnych na stronie T.I.S Polska Sp. z o.o. kart katalogowych wynika, że wskazana armatura w zakresie budowy znacznie odbiega od wymogów Zamawiającego, w szczególności: przepustnica międzykołnierzowa: dysk ze stali nierdzewnej 1.4401/AISI 316.

5 maja 2017 r. Odwołujący przesłał uzupełnienie oferty. Na stronie 123. producent w karcie katalogowej potwierdza wykonanie materiałowe dysku ze stali nierdzewnej 1.4401/AISI 316. Połączenie dysku z wałkiem napędowym za pomocą kołków poprzecznych z materiału 1.4401 jest stosowane jako standardowe rozwiązanie w przepustnicach centrycznych T.I.S. dla zakresu DN od 250 w górę. Dla mniejszych rozmiarów DN nie stosuje się połączenia za pomocą kołków, tylko połączenie kształtowe, co jest powszechnie uznaną i sprawdzoną metodą połączenia trzpienia z dyskiem dla małych rozmiarów DN.

Wałki ze stali nierdzewnej – materiał 1.4021. W przepustnicach centrycznych T.I.S. zastosowane jest rozwiązanie z jednym monolitycznym trzpieniem zamontowanym przelotowo – wykonanie materiałowe 1.4021. Zamawiający nie określił w specyfikacji, jakich wałków dotyczy powyższy wymóg.

Wewnętrzna manszeta zawulkanizowana na pierścieniu nośnym, wymienna. W przepustnicach centrycznych T.I.S. manszety wstawione metodą na „jaskółczy ogon” zapewniającą dużą elastyczność i niewysokie momenty obrotowe. Manszeta w przepustnicach jest wymienna. Oferowane rozwiązanie manszety przez firmę T.I.S. Polska Sp. z o.o. jest to rozwiązaniem równoważnym, które spełnia zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum HYDRO-MARKO, która to oferta jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z oferty złożonej przez ww. wykonawców wynika, iż zamierzają oni powierzyć wykonanie części robót w zakresie robót technologicznych podwykonawcy, tj. firmie Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska Ekowodrol Sp. z o.o., na zasoby którego wykonawcy ci powołują się dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe uznać należy za sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w punkcie 3.33 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający wskazuje, że kluczowymi częściami przedmiotu zamówienia są roboty wskazane w pkt 16 specyfikacja ST-15 Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż”, opisane w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia o nazwie specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, która zamieszczona jest na stronie

internetowej Zamawiającego. Tym samym Zamawiający określił istotny wymóg co do elementu przedmiotu zamówienia wskazując na sposób jego wykonania. Z kolei wykonawca poprzez oświadczenie złożone w ofercie w tym zakresie, określał jej treść. Wszelkie rozbieżności między oświadczeniem wykonawcy a wymogiem Zamawiającego należy ocenić jako niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której Zamawiający nie może potraktować jako błędu podlegającego samodzielnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszelkie zmiany w tym zakresie należałoby bowiem potraktować jako istotną zmianę treści oferty.

Dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na mocy ustawy nowelizującej z 22 czerwca 2016 r. uchylony został przepis art. 36a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi nie było skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powoływał się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zmiana ta oznacza, że przy zastrzeżeniu przez Zamawiającego art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienie nie może być wykonywane nawet przy pomocy podwykonawcy,

którego zasoby zostały przedstawione dla wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

III Stanowisko Zamawiającego w zakresie odwołania o sygnaturze KIO 1222/17

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako wykonawca, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie przekraczającej sumę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, nie ma interesu prawnego uprawniającego go do wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu. Ponieważ Zamawiający nie posiada dodatkowych środków, a większość kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pozyska z funduszy unijnych, nie ma możliwości zwiększenia kwoty tak, aby Odwołujący mógł sfinansować przedmiot zamówienia. Minął także termin związania ofertą Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zabezpieczenia oferty Przystępującego Konsorcjum HYDRO-MARKO wadium, zdaniem Zamawiającego gwarancja ta w sposób należyty zabezpiecza ofertę Przystępującego i interes majątkowy Zamawiającego.

W złożonej wraz z ofertą gwarancji bankowej przetargowej z 22 marca 2017 r. oraz aneksie nr 2 z 22 marca 2017 r. z późn. zm. z 20 kwietnia 2017 r. wskazano podmiot, na rzecz którego wystawiono dokument, tj. lidera konsorcjum Hydro-Marko Sp. z o.o. Sp. k., beneficjenta, tj. Zamawiającego, postępowanie, którego dotyczy gwarancja, termin ważności gwarancji oraz zawarto oświadczenie gwaranta o nieodwołalnym i bezwarunkowym dokonaniu zapłaty w wysokości 300.000,00 zł na pierwsze żądanie Zamawiającego wraz z katalogiem okoliczności uzasadniających zapłatę.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie opowiedziano się za skutecznością wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej wystawionej na rzecz tylko jednego z konsorcjantów. W przedmiotowym orzecznictwie w szczególności podkreśla się rolę solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólną ofertę oraz abstrakcyjny i bezwarunkowy charakter zobowiązania wynikający z gwarancji bankowej. Okoliczności te mają gwarantować zabezpieczenie interesów majątkowych Zamawiającego:

Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium może być wnoszone przez wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, co w przypadku ubiegania się o zamówienie przez wykonawców w ramach konsorcjum oznacza, że wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) powinno być wniesione przez konsorcjum złożone z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum nie posiada jednak podmiotowości prawnej, a przez to jest niezdolne do zaciągania zobowiązań na

własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji wadialnej jako konsorcjum. Jednocześnie należy zauważyć, że z żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika wymóg wskazania w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum. Gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem, uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz współkonsorcjantów, nawet bez wskazania w treści gwarancji faktu zawarcia konsorcjum oraz bez wskazania pozostałych wykonawców, którzy składają wspólną ofertę, spełnia wymogi ustawowe i stanowi skutecznie wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zabezpieczając interesy zamawiającego. Jeśli gwarancja zgodnie z wymogami ustawowymi określa okoliczności, w których możliwe jest zażądanie zapłaty wadium przez Zamawiającego, to nie ma podstaw do przyjęcia, iż nie zabezpiecza ona roszczenia Zamawiającego. Skuteczne zabezpieczenie oferty wadium wynika z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę. Skutki zaniechań jednego wykonawcy należy odnieść do wszystkich jego współkonsorcjantów również w przypadku przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym zaniechania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym przypadku zamawiającego nie interesuje, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dostarczył odpowiednich dokumentów, a które z nich to uczynił – zamawiający tego typu dokumentów żąda od wszystkich wykonawców i jakiegokolwiek zaniechanie któregoś z nich wywiera skutki w odniesieniu do całego konsorcjum i każdego z jego członków z osobna. Działający w dobrej wierze i zgodnie z dobrymi obyczajami kupieckimi obowiązującymi w stosunkach danego rodzaju, bank-gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu żądanie i oświadczenie, o których mowa w treści rozpatrywanej gwarancji. Ponadto na marginesie można wskazać, iż w tego typu gwarancjach przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy, ale złożenie przez zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły.

Nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregoś z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 Kodeksu cywilnego, powodującym powstanie

solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji, kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

W orzecznictwie ukształtowany został również pogląd, że szczegółowe, dodatkowe i nie wynikające z ustawy wymagania Zamawiającego dotyczące formy, sposobu wniesienia wadium i zabezpieczenia interesów Zamawiającego ukształtowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia również nie mogą rodzić negatywnego skutku po stronie wykonawcy w przypadku ich niespełnienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Konsorcjum HYDRO-MARKO złożyło gwarancję bankową datowaną na termin wcześniejszy niż data udzielenia pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum. Z faktu tego Odwołujący wywodzi, że gwarancja bankowa wystawiona w takich okolicznościach nie może prawidłowo zabezpieczać oferty Przystępującego, bowiem nie została wniesiona przez podmiot składających ofertę.

Wraz z ofertą Konsorcjum HYDRO-MARKO złożyło pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum datowane na dzień 24 kwietnia 2017 r. oraz gwarancję bankową przetargową wraz z aneksem nr 2 z 22 marca 2017 r. z późn. zm. z 20 kwietnia 2017 r. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, że taka zależność chronologiczna jest irrelevantna dla skuteczności zabezpieczenia oferty wadium w formie gwarancji bankowej. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Zamawiający jest zawsze uprawniony do wyjaśnienia tej kwestii, jeżeli złożony dokument gwarancji wadialnej budzi jego wątpliwości. Wykonawca jako zlecający, a także zamawiający jako beneficjent mają prawo domniemywać, zgodnie z art. 97 Kodeksu cywilnego, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela na odpowiednich formularzach tych instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych.

Zgodnie z art. 23 ust. 2 i art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oddzielnymi kwestiami są udzielenie pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu, a innym zagadnieniem obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. W myśl obowiązujących przepisów nie ma odrębnej regulacji, co do posiadania pełnomocnictwa do wniesienia wadium w przypadku konsorcjum wykonawców. Istnieje jeden obowiązek, zarówno dla wykonawców indywidualnie składających ofertę, jak i dla wykonawców

składających ofertę w ramach konsorcjum, do złożenia wadium do zamawiającego przed upływem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy). Odrębna regulacja istnieje dla wykonawców wspólnie składających ofertę, ale w zakresie obowiązku określenia pełnomocnika działającego w ich imieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 2 ustawy). Nie ma jakichkolwiek podstaw formalnoprawnych do uznania, że wniesione wadium przed udzielonym pełnomocnictwem objęte jest nieważnością z powodu, iż pełnomocnictwo do reprezentacji wystawiono po wniesieniu wadium.

Konsorcjum HYDRO-MARKO tworzone jest w niniejszym przypadku przez osobę działającą w imieniu komplementariusza spółki komandytowej Hydro-Marko – panią M.P., co dodatkowo powinno podkreślać zarówno pełne zabezpieczenie beneficjenta gwarancji jak również brak znaczenia prawnego kwestii daty podpisania pełnomocnictwa.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na okoliczność, że w ofercie Przystępujący wskazał wykonanie robót budowlanych przy pomocy podwykonawcy w zakresie, w jakim Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał wykonania osobistego przez wykonawcę – Przystępujący nie oświadczył w ofercie, że zastrzeżony zakres zamierza wykonać przy pomocy podwykonawców. Zawarte w ofercie określenie, tj. część robót branży technologicznej, branży budowlanej i elektrycznej, nie jest takie samo jak określenie wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia: Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Kluczowymi częściami przedmiotu zamówienia są roboty budowlane wskazane w punkcie 16 specyfikacji ST-15 Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż.

Aby uniknąć wszelkich wątpliwości, Zamawiający skierował do Konsorcjum HYDRO-MARKO zapytanie o wyjaśnienie treści złożonej oferty w tym zakresie i otrzymał jednoznaczną, wyczerpującą i zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiedź, w wyniku czego Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten złożył ofertę sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami Konsorcjum HYDRO-MARKO wskazało, że wskazane w treści oferty powierzenie podwykonawstwa dotyczy robót budowlanych wskazanych w punkcie 8 ppkt a oferty, tj. części robót branży technologicznej, części robót branży budowlanej i elektrycznej w następującym zakresie:

a) branża technologiczna: wykonanie (montaż i demontaż) tymczasowych rurociągów oraz tymczasowych zestawów pompowych opisanych w „Instrukcji obsługi, eksploatacji i bezpieczeństwa pracy, opis sposobu prowadzenia robót na czynnej oczyszczalni ścieków”

(03. Projekt wykonawczy PW-15. Pozostałe PW-10. Instrukcja obsługi), niezbędnych dla utrzymania ciągłości pracy oczyszczalni, w tym również zaprojektowanie szczegółowego sposobu wykonania omięcia pompowni II stopnia, z pomocą tymczasowego zestawu agregatów pompowych. Powyższe roboty ujęto w ST-17 – Sieci zewnętrzne technologiczne międzyobiektowe i obiekty sieciowe w punkcie 1.3. Zakres robót objętych ST jako wszystkie inne niewymienione rurociągi technologiczne zewnętrzne, jakie występują przy realizacji umowy.

b) branża budowlana: wykonanie konstrukcji żelbetowych nowoprojektowanych zbiorników reaktorów SBR III i IV. Roboty te ujęto w ST-04 Roboty betonowe i żelbetowe oraz ST-05 Roboty zbrojarskie.

c) branża elektryczna: wykonanie linii kablowych n.n. i oświetlenia terenu. Roboty te ujęto w ST-20 Sieć zewn. elektryczne.

Zakres robót, jaki Przystępujący Konsorcjum HYDRO-MARKO zamierza powierzyć podwykonawcy nie będzie więc dotyczyć specyfikacji technicznej ST-15 „Instalacje technologiczne, wyposażenie technologiczne i montaż”, tj. robót, które Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania w punkcie 3.33. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zakresie Przystępujący uwzględnił konieczność osobistego wykonania robót i przewidział zaangażowanie potencjału własnego – w szczególności osób zatrudnionych u wykonawcy, które będą wykonywać przedmiotowe roboty.

Jeśli zarzut ten polega na całkowitym zanegowaniu możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia, a nawet osób, którymi dysponuje inny wykonawca w sytuacji art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, gdy Zamawiający skorzystał z możliwości, o której mowa w art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to takie twierdzenie jest bezzasadne, gdyż nie uwzględnia różnych zakresów zamówienia, które Zamawiający przekaże do osobistego wykonania wykonawcy, jak również nie uwzględnia indywidualnych cech i sytuacji danego wykonawcy oraz jego potencjału w danym postępowaniu.

Część zastrzeżona przez Zamawiającego do osobistego wykonania w punkcie 3.33. specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jedynie niewielki wycinek całego zakresu przedmiotu zamówienia, który jest niezwykle rozległy. Przedmiotowe zamówienie obejmuje przebudowę oczyszczalni ścieków, w tym wymianę części wyposażenia technologicznego (m.in. pomp ściekowych, pomp osadu, mieszadeł, dyfuzorów, armatury, instalacji towarzyszących) oraz dostosowanie oczyszczalni do większej wydajności poprzez budowę nowych obiektów, przebudowę części socjalnej, wykonanie nowych dróg wewnętrznych na terenie oczyszczalni oraz dostosowanie części elektrycznej i automatyki do nowego układu technologicznego. Przedmiot zamówienia jest więc znacznie większy niż

specyfikacja ST-15: ST-00 Wymagania ogólne; ST-01 Wytyczenie obiektów; ST-02 Roboty rozbiórkowe i demontaż; ST-03 Roboty ziemne i przygotowawcze; ST-04 Roboty betonowe i żelbetowe; ST-05 Roboty zbrojarskie; ST-06 Naprawy i zabezpieczenia betonu; ST-07 Roboty izolacyjne; ST-08 Montaż konstrukcji żelbetowych; ST-09 Montaż konstrukcji stalowych; ST-10 Roboty murarskie; ST-11 Roboty wykończeniowe; ST-12 Wykonanie pokryć dachowych; ST-13 Roboty elewacyjne; ST-14 Wewnętrzne instalacje sanitarne; ST-15 Instalacje technologiczne, wyposażenie i montaż; ST-16 Sieci sanitarne zewnętrzne; ST-17 Sieć zewnętrzne technologiczne; ST-18 Roboty drogowe i odtworzenie nawierzchni drogowych i trawników; ST-19 Instalacje elektroniczne; ST-20 Sieć zewnętrzna elektroniczna; ST-21 Instalacja AKPiA OŚ Siechnice; ST-22 Wznoszenie ogrodzeń.

Łącznie zamówienie obejmuje wykonanie robót w 24 obiektach oraz wykonanie prac związanych z drogami dojazdowymi, miejscami parkingowymi, zielenią oraz hydrantami przeciwpożarowymi. Zatem część zastrzeżona przez Zamawiającego do osobistego wykonania nie stanowi jedynej istotnej części zamówienia. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający za równie istotne uznaje roboty wyróżnione w projekcie budowlanym, tj. polegające na dostosowaniu oczyszczalni do większej wydajności, przebudowę części socjalnej, wykonanie dróg wewnętrznych oraz dostosowanie części elektrycznej i automatyki do nowego układu technologicznego.

Zakres zastrzeżony do osobistego wykonania nie uniemożliwia realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia lub osób od podmiotu trzeciego. W niniejszym przypadku realne skorzystanie z potencjału tego podmiotu, zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego Konsorcjum HYDRO-MARKO z 16 maja 2017 r. będzie polegało na powierzeniu podwykonawstwa robót budowlanych wskazanych w punkcie 8. ppkt a) oferty, tj. części robót branży technologicznej, części robót branży budowlanej i elektrycznej w następującym zakresie:

a) branża technologiczna: wykonanie (montaż i demontaż) tymczasowych rurociągów oraz tymczasowych zestawów pompowych opisanych w „Instrukcji obsługi, eksploatacji i bezpieczeństwa pracy, opis sposobu prowadzenia robót na czynnej oczyszczalni ścieków” (03. Projekt wykonawczy PW-15. Pozostałe PW-10. Instrukcja obsługi), niezbędnych dla utrzymania ciągłości pracy oczyszczalni, w tym również zaprojektowanie szczegółowego sposobu wykonania omińnięcia pompowni II stopnia, z pomocą tymczasowego zestawu agregatów pompowych. Powyższe roboty ujęto w ST-17 – Sieci zewnętrzne technologiczne międzyobiektywne i obiekty sieciowe w punkcie 1.3. Zakres robót objętych ST jako wszystkie inne niewymienione rurociągi technologiczne zewnętrzne, jakie występują przy realizacji umowy.

b) branża budowlana: wykonanie konstrukcji żelbetowych nowoprojektowanych zbiorników reaktorów SBR III i IV. Roboty te ujęto w ST-04 Roboty betonowe i żelbetowe oraz ST-05 Roboty zbrojarskie.

c) branża elektryczna: Wykonanie linii kablowych n.n. i oświetlenia terenu. Roboty te ujęto w ST-20 Sieci zewn. elektryczne.

Istotne jest również, że Zamawiający nie wyłączył możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wprowadzenie obowiązku osobistego wykonania części zamówienia – robót wskazanych w specyfikacji ST-15, w tym nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na niemożność powoływania się na wiedzę i doświadczenia podmiotu trzeciego, przeciwnie – w specyfikacji zawarł postanowienia szczegółowe w zakresie udostępniania potencjału przez podmiot trzeci.

Odwołujący myli się, że wykreślenie art. 36a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało na celu doprowadzenia do uniemożliwienia polegania na zasobach innych podmiotów w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nawet w sytuacji, gdy zamawiający zastrzegł tylko część do osobistego wykonania. Ustawodawca nie miał takiego celu. Celem ustawodawcy było co najwyżej uniemożliwienie wykonania tylko tej zastrzeżonej części przez podmiot trzeci, a nie całego zamówienia.

IV Stanowisko Zamawiającego w zakresie odwołania o sygnaturze KIO 1224/17

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Oдноśnie zarzutu wykluczenia Odwołującego z powodu złożenia przez niego nieprawdziwych informacji w postępowaniu – Zamawiający w treści odpowiedzi na zapytania z 4 kwietnia 2017 r. jednoznacznie określił, że wymaga, aby załącznik nr 8 „Wykaz kluczowych urządzeń” został złożony wraz z ofertą, do tego wykazu wykonawcy powinni złożyć wymagane załączniki. Zamawiający wskazał także, że brak wypełnienia którejkolwiek z pozycji załącznika nr 8 spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego nie jest prawdziwe zawarte w treści odwołania Odwołującego twierdzenie, że załącznik nr 8 podlegał uzupełnieniu. W treści załącznika nr 8 znajduje się 7 kolumn, w jednej z nich wykonawcy zobowiązani byli do wpisania obiektu, w którym znajduje się zamontowane urządzenie, aby dowieść, że oferowane urządzenie nie jest prototypem i funkcjonuje na podanym obiekcie co najmniej 12 miesięcy. Odwołujący złożył ofertę zawierającą informację, że szereg urządzeń został zamontowany w obiekcie w MPGK Sp. z o.o. w Stargardzie, a także, że wszelka armatura, jaką zamierza zainstalować, pochodzić będzie od jednego producenta tj. firmy T.I.S. Polska

Sp. z o.o. Przedstawił poza tym informacje wskazujące na producenta i rodzaj dmuchaw, jakie oferuje w ramach wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający 27 kwietnia 2017 r. wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów.

Zamawiający otrzymał pisemną informację od jednego z wykonawców, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje w powyższym zakresie, a także, że T.I.S. Polska Sp. z o.o. nie produkuje hydrantów, które stanowią element armatury, co do której Zamawiający wymagał, aby była od jednego producenta oraz, że zaoferowane dmuchawy nie spełniają warunków wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

12 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. 15 maja 2017 r. Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, których treść nic zgadzała się z ustalonym przez Zamawiającego stanem faktycznym, oświadczył bowiem w treści tych odpowiedzi, że „wyjaśnia i potwierdza”, iż armatura firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o. wskazana przez niego w ofercie – bo tylko o taką pytał Zamawiający („Proszę o informację czy zgodnie z przedstawionym w Państwa ofercie oświadczeniem...”) – została zamontowana w oczyszczalni ścieków w Stargardzie. 26 maja 2017 r. Zamawiający otrzymał oficjalne stanowisko z Oczyszczalni Ścieków w Stargardzie, zgodnie z którym na tym obiekcie nie zostały zamontowane wskazane w treści oferty Odwołującego urządzenia. Zamawiający wcale nie wymagał osobistego wykonania, a wykonania w ogóle montażu wskazanej armatury w podanej przez Odwołującego lokalizacji.

W zakresie armatury i hydrantów Odwołujący w odpowiedzi z 15 maja 2017 r. „wyjaśnił i potwierdził, że wszelka armatura potrzebna do realizacji przedmiotu zamówienia pochodzić będzie od jednego producenta”. Zamawiający otrzymał informacje bezpośrednio z firmy T.I.S. Polska Sp. z o.o., że firma ta nie jest producentem hydrantów.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zobligowany był do zastosowania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zachowanie Odwołującego wyczerpuje przesłanki wskazane w tym przepisie. W treści odwołania Odwołujący podaje, że powyższe ustalenia Zamawiającego są trafne i potwierdza, że Zamawiający otrzymał od Wykonawcy nieprawdziwe informacje. Mając na uwadze, że Wykonawca jest przedsiębiorcą posiadającym wieloletnie doświadczenie na rynku, ponadto dysponującym odpowiednimi zasobami, by w sposób rzetelny i zgodny z prawdą złożyć oświadczenia składające się na treść oferty w postępowaniu przetargowym, należy wskazać, że mamy do czynienia co najmniej z lekkomyślnością i niedbalstwem, na skutek którego Wykonawca usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Gdyby Zamawiający nie dokonał weryfikacji treści złożonych w ofercie oświadczeń, oferta tego wykonawcy zapewne zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Taka sytuacja potwierdza rangę naruszenia

jakiego dopuścił się Odwołujący. Trudno jest też dać wiarę wskazanym w treści odwołania argumentom Odwołującego. Z racji pozycji wykonawcy w postępowaniu obowiązany jest on do zachowania należytej staranności w działaniu, której nie zachował. Co więcej, sposób udzielania odpowiedzi w sposób ewidentny i oczywisty potwierdza, że Odwołujący zamiast udzielić rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień, dokonuje próby wyminięcia odpowiedzi obejmujących sedno problemu, a przecież musiał zdawać sobie sprawę, że skoro Zamawiający dokonuje weryfikacji we wskazanych, to ma wątpliwości co do ich prawidłowości – co samo w sobie powinno stanowić podstawę do weryfikacji przez Odwołującego poprawności i rzetelności informacji przedstawionych Zamawiającemu. Po otrzymaniu pytania, Odwołujący nie skorzystał z szansy wyjaśnienia oferty licząc, że Zamawiający przyjmie wymijające wyjaśnienia tego Wykonawcy. Skoro Odwołujący, jak podaje w odwołaniu, był w stanie przedstawić wszystkie dokumenty na potwierdzenie tego, że oferowane przez niego urządzenia nie są prototypami i są zamontowane we wskazanych lokalizacjach, to powinien to uczynić w ramach należytej staranności podczas udzielania wyjaśnień 15 maja 2017 r. Tym samym Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do najistotniejszego elementu, tj. kwestii wcześniejszego użytkowania przedmiotowych urządzeń. Odwołujący przedłożył też ogólne oświadczenie T.I.S. o „instalacji armatury” na zlecenie EGBUD w Stargardzie Szczecińskim, mając nadzieję, że Zamawiający poprzestanie na otrzymaniu tego oświadczenia (w swoim zamyśle chciał osiągnięcia skutku w postaci przeświadczenia Zamawiającego, że chodziło o zaoferowaną armaturę).

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na wykluczenie wykonawcy ze względu na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Właśnie takie informacje złożył Odwołujący – wprowadzały one Zamawiającego w błąd co do użytkowania i lokalizacji oferowanych urządzeń. Mogły mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień i pisma T.I.S. mógł poprzestać na tym wyjaśnieniu i fakt, że urządzenia oferowane nie zostały zainstalowane w Stargardzie (a tak naprawdę nigdzie nie zostały zainstalowane), mógł zostać niezauważony.

W odpowiedzi na twierdzenia Odwołującego, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozpatrywać bardzo wąsko, tj. że dotyczy on wyłącznie kwestii podmiotowych, czyli wykluczenia z postępowania wykonawcy, spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę oraz niedyskryminacyjnych i obiektywnych kryteriów selekcji, natomiast nie dotyczy kwestii oferty, należy stwierdzić, że Odwołujący nie ma racji. Instytucja polegająca na wykluczeniu wykonawcy z powodu „wprowadzenia w błąd” zamawiającego została implementowana przez ustawodawcę w następujący sposób: podstawa wykluczenia funkcjonuje w bieżącym postępowaniu (natomiast podstawa

wykluczenia z dyrektywy funkcjonuje w kontekście 3 lat), natomiast obejmuje dwie kategorie wykluczenia i główna różnica dotyczy kwestii sposobu zachowania się wykonawcy. W przypadku, gdy wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd działając w zamiarze lub przy rażącym niedbalstwie – wprowadzenie w błąd nie musi dotyczyć informacji mogących mieć wpływ na decyzję zamawiającego. W przypadku, gdy wykonawca wprowadza w błąd działając lekkomyślnie lub niedbale – informacje powinny mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przy czym chodzi o wszelkie decyzje zamawiającego, np. co do kwestii uznania oferty wykonawcy za zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sytuacji Odwołującemu można zarzucić co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, a nawet można oceniać przedmiotowe zachowanie jako intencjonalne, przy czym należy uwzględnić, że niezmiernie trudny do przeprowadzenia jest dowód na okoliczność istnienia zamiaru.

Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie zaniechania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezpodstawny z uwagi na to, że wykonawca dotychczasowo próbował w sposób intencjonalny, działając z zamiarem bezpośrednim wprowadzać Zamawiającego w błąd. Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia. Fakt złożenia w treści oferty nieprawdziwych informacji wynika wprost z treści odwołania, gdzie Odwołujący potwierdza, że ustalenia Zamawiającego są prawidłowe. Wykonawca przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia, gdyż to one stanowią o tym, czy oferta zostanie oceniona na podstawie kryteriów oceny ofert. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecznicza nie

pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty. Istotą przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wprowadzenie w błąd zamawiającego albo przez przedstawienie informacji nieprawdziwych, albo przez zmanipulowanie faktów czy informacji, które wpłyną na dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny. Podstawą wykluczenia jest również zatajenie informacji lub sytuacja, w której wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. W stosunku bowiem do profesjonalistów, a za takich należy uznawać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie.

Zamawiający próbował już wyjaśniać kwestię lokalizacji armatury, skierował jednoznaczne pismo do Odwołującego, który zamiast rzetelnej informacji próbował zataić fakt, że zaoferowane urządzenia nie zostały zainstalowane w Stargardzie oraz że nie funkcjonują od co najmniej 12 miesięcy przed terminem składania ofert. Wykonawca otrzymał więc szansę wyjaśnienia powyższego, z której nie dość, że nie skorzystał, to jeszcze próbował po raz drugi wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że załącznik nr 8 miał być złożony przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego – załącznik ten miał być załączony do oferty, co Zamawiający jednoznacznie określił w odpowiedziach na zapytanie z 4 kwietnia 2017 r.

Zarzut dotyczący Konsorcjum HYDRO-MARKO stanowi nieudolną próbę przedstawienia sytuacji Przystępującego jako podobnej, pomimo że sytuacja ta jest zupełnie inna. Zamawiający nie miał wiedzy do czasu otrzymania treści odwołania o ewentualności takiego zdarzenia. Zamawiający nie dysponuje żadnymi dowodami – także twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne i brak jest dowodów na poparcie powyższego. Odwołujący na rozprawie przedstawił kserokopie dokumentu, nie potwierdzonego za zgodność z oryginałem, Zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania tej kwestii. Zastanawiające jest, dlaczego dopiero na etapie po wyborze ofert Odwołujący podnosi tę

kwestię – skoro wykonawca miał taką wiedzę, mógł zawiadomić Zamawiającego na etapie przed rozstrzygnięciem postępowania. Zamawiający otrzymał od wykonawców biorących udział w postępowaniu pisma zawierające listę nieprawidłowości, jaką zawiera oferta Odwołującego, dlatego dokonał dokładnej weryfikacji wskazanych kwestii. Odwołujący również miał taką możliwość, mając na względzie, że od daty złożenia ofert do daty rozstrzygnięcia postępowania upłynęło dwa miesiące.

Sytuacja Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum HYDRO-MARKO jest nieporównywalna, gdyż Przystępujący nie wprowadził w błąd Zamawiającego, nie działał ani z zamiarem lub rażącym niedbalstwem, ani w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa, bowiem nie udzielił informacji potwierdzającej nieprawdę na skutek skierowania do niego wezwania do wyjaśnień. Również Odwołujący posiada przedmiotowe urządzenia w swojej ofercie i być może podniesienie tego zarzutu stanowi jedynie zabieg procesowy. W kartach załączonych do oferty Odwołującego znajduje się również lokalizacja Odolanów (str. 52).

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia w znacznym zakresie nie odpowiadający wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie podjął próby wprowadzenia „opcji” w urządzeniach, które zupełnie nie odpowiadają wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też próby powoływania się na „równoważność” w sytuacjach, gdzie kwestia równoważności w ogóle nie powinna być badana.

1) Hydrant jest elementem armatury – jest to fakt oczywisty i zastosowanie rozwiązania polegającego na wydzieleniu hydrantu z pozostałej części armatury w zakresie wymogu pochodzenia od jednego producenta stanowi niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w chwili obecnej usiłuje argumentować, że wymóg pochodzenia armatury od jednego producenta odnosi się wyłącznie do działu ST-15, natomiast nie znajduje to potwierdzenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z której wprost wynika, że wymóg dotyczy całej armatury, bez względu na jej umiejscowienie w ofercie i w dokumentacji. Faktem niezaprzeczalnym jest, że Odwołujący oświadczył w treści odwołania, że firma T.I.S. Polska Sp. z o.o. nie jest producentem hydrantów. Wobec powyższego Odwołujący złożył ofertę sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie zaproponował armatury jednego producenta.

2) Zaoferowanie dmuchaw nie odpowiadających wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia: dmuchawy musiały mieć parametry nie odbiegające od parametrów minimalnych i maksymalnych podanych jednoznacznie przez Zamawiającego, wydajność dmuchaw Aerken przekracza wymagane normy i wynika to wprost z materiałów firmy

Aerzen. Wbrew twierdzeniom Odwołującego firma Aerzen mogła w materiałach podać minimalną i maksymalną wydajność i podała wprost wydajność, która nie spełnia wymagań wydajności maksymalnej, gdyż wydajność maksymalna została podana w przedziale obejmującym wartość nie mieszczącą się w wymaganiu maksymalnej wydajności. Dmuchawy Aerzen zaoferowane przez Odwołującego nie odpowiadają przedmiotowemu zamówieniu – ich maksymalna wydajność została określona jako 888,25 m³/h (dolna granica przyjętej przez Aerzen maksymalnej wydajności dmuchawy), natomiast wymogiem Zamawiającego była maksymalna wydajność na poziomie 925,00 m³/h. Większa z oferowanych dmuchaw ma wydajność 15,41 m³/min, dopuszczalna tolerancja podana zgodnie z ISO 1217 to 4%, tolerancja podana w kartach katalogowych firmy AERZEN to 5%. Tolerancja na moc specyficzną zgodnie z ISO 1217 to 5% – firma AERZEN podaje na moc i wydajność 5%, tj. $105/95 = 1,105 = 10,5\%$ tolerancji mocy specyficznej – niezgodność z ISO 1217.

3) Zarzut 2.2a – odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak łożyskowania na łożyskach wałeczkowych w agregacie dmuchawy Aerzen Delta Blower. W ofercie Wykonawca zaoferował dmuchawę Aerzen Delta Blower – dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym zapewne również w Eko Babice Sp. z o.o., poz. 49, 50 wykazu oferowanych urządzeń) oparta jest o rozwiązanie polegające na wykorzystaniu łożysk kuleczkowych o zdecydowanie niższej długości pracy niż łożyska wałeczkowe. Firma Arzen do synchronizacji ruchu rotorów trójskrzydłowych stosuje przekładnię zębatą o zębach skośnych. Przekładnia o zębach skośnych generuje zarówno siły osiowe, jak i promieniowe działające na łożyskach. Ponieważ łożyska wałeczkowe nie są zdolne do przenoszenia sił osiowych, a jedynie promieniowych, producent zmuszony jest korzystać z łożysk kuleczkowych. Stosowana przez innych producentów przekładnia o zębach prostych nie generuje sił osiowych i dlatego umożliwia zastosowanie wszystkich łożysk wałeczkowych. Firma Aerzen we wszystkich blokach stosuje zamiast 4 łożysk wałeczkowych, 1 wałeczkowe i 3 kuleczkowe. Zdolność przenoszenia sił promieniowych łożysk wałeczkowych jest od 5 do 10 razy wyższa. Pismo z 15 maja 2015 r. stanowi próbę zmiany oferty, zmieniona oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen Delta Blower na prośbę Odwołującego w związku z pismem ws. złożenia wyjaśnień. Wprowadzenie rozwiązania polegającego na łożyskowaniu w łożyskach wałeczkowych byłoby zmianą konstrukcyjną wymagającą zakupu od innych producentów całego bloku napędowego oraz przeprowadzenia całości przed wprowadzeniem produktu do obrotu. Łożysk wałeczkowych nie można więc zastosować zamiennie w zaoferowanej przez Odwołującego konstrukcji. Przedmiotowe urządzenie – nawet jeśli zostałoby wyprodukowane przez Aerzen na potrzeby niniejszego zamówienia – nie będzie spełniało warunku użytkowania przez co najmniej 1 rok.

Dmuchawy zostały wskazane w wykazie oferowanych urządzeń a wszystkich urządzeń z wykazu dotyczył wymóg użytkowania przez co najmniej 1 rok (urządzenia nie mogą być prototypem).

4) Zarzut 2.2b – odrzucenie oferty ze względu na zastosowanie tłumika rezonansowego bez materiałów wytłumiających: tłumik bez materiałów absorpcyjnych nie jest równoważny. Nie chodzi tylko o poziom głośności oferowanej dmuchawy, tłumik rezonansowy oferowany przez firmę Aerzen to wyższe spadki ciśnienia, co powoduje większy pobór energii elektrycznej, wyższe wahania ciśnienia – pulsacje powietrza, co może powodować wibracje rurociągu i jego hałas. Zarzuty dotyczące zapychania się dyfuzorów i głośniejszej pracy dmuchaw w czasie są bezpodstawne i nieuzasadnione w przypadku dmuchaw Kaeser Kompressoren – materiał absorpcyjny z dmuchaw Kaeser Kompressoren nigdy nie spowodował zatkania dyfuzorów, dmuchawy po 15 latach pracy pracują równie cicho jak w dniu zakupu. Tłumiki absorpcyjne Kaeser Kompressoren nie tracą swoich właściwości tłumiących w czasie, przewyższając tłumiki reakcyjne niższymi oporami przepływu i pulsacji powietrza. Obecne twierdzenie o zaofierowaniu w tym zakresie tłumika akustycznego jest niewiarygodne z uwagi na to, że stanowi to niedozwoloną zmianę oferty uczynioną dopiero na późniejszym etapie. Dmuchawy z rozwiązaniem, o którym mówi Odwołujący, nie są nigdzie stosowane, co wskazuje na ich prototypowy charakter.

5) Zarzut 2.2f – odrzucenie oferty ze względu na to, że przewody spustowe w dmuchawach Aerzen nie są zakończone zaworami: pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną na prośbę wykonawcy w związku z pismem z 12 maja 2017 r. dotyczącego złożenia wyjaśnień. Wykonawca nie może opcjonalnie oferować nowych elementów w sytuacji, gdy pierwotnie oferowane urządzenie nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

6) Zarzut 2.2g – odrzucenie oferty ze względu na to, że w dmuchawach Delta Blower brak jest osłony pasów napędowych zabezpieczających przed wypadkiem. We wszystkich wersjach dmuchaw Aerzen Delta Blower występuje rozwiązanie polegające na tym, że pasy nie są zabezpieczone. Dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym zapewne w Eko Babice Sp. z o.o.) nie posiada osłony pasów napędowych. Pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen Delta Blower na prośbę wykonawcy w związku z pismem ws. złożenia wyjaśnień. Wykonawca nie może opcjonalnie oferować nowych elementów w sytuacji, gdy pierwotnie oferowane urządzenie nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7) Zarzut 2.2 – odrzucenie oferty z powodu zaofierowania dmuchawy Aerzen z osobną przetwornicą częstotliwości (osobną szafą sterowniczą z falownikiem) oraz z powodu braku

deklaracji CE wydanej przez producenta dmuchawy na dmuchawę z przetwornicą. W ofercie Wykonawca zaoferował dmuchawy Aerzen Delta Blower – we wszystkich wersjach dmuchaw Aerzen Delta Blower występuje rozwiązanie polegające na osobnej szafie sterowniczej z falownikiem (co znajduje również odniesienie w karcie załączonej do oferty). Dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym w Eko Babice Sp. z o.o.) jest również oparta o zewnętrzną szafę z falownikiem. Pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen Delta Blower na prośbę wykonawcy w związku z pismem z 12 maja 2017 r. dotyczące złożenia wyjaśnień. Wprowadzenie rozwiązania polegającego na zintegrowaniu szafy w urządzeniu jest zmianą konstrukcyjną wymagającą przeprowadzenia badań przed wprowadzeniem do obrotu. Nawet po próbie zmiany oferty urządzenie oferowane będzie w istocie kompletem dwóch urządzeń, nie będzie miało charakteru urządzenia zintegrowanego,

8) Zarzut 2.3 – odrzucenie oferty ze względu na brak kontroli wentylatora przez sterownik: Wykonawca zaoferował dmuchawy Aerzen Delta Blower – we wszystkich wersjach dmuchaw Aerzen Delta Blower występuje rozwiązanie polegające na wbudowaniu wentylatora na sztywno w wale dmuchawy i braku kontroli nad wentylatorem. Dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym w Eko Babice Sp. z o.o.) jest również oparta o wentylator wbudowany na sztywno i niekontrolowany przez sterownik. Pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen na prośbę wykonawcy w związku z pismem z 12 maja 2017 r. dotyczące złożenia wyjaśnień. Wprowadzenie rozwiązania polegającego kontroli wentylatora jest zmianą konstrukcyjną wymagającą przeprowadzenia badań przed wprowadzeniem do obrotu, przedmiotowe urządzenie więc, nawet jeśli zostałoby wyprodukowane na potrzeby niniejszego zamówienia, nie będzie spełniało warunku użytkowania przez co najmniej 1 rok. Dmuchawy zostały wskazane w wykazie oferowanych urządzeń, a wszystkich urządzeń z wykazu dotyczył wymóg użytkowania przez co najmniej 1 rok (urządzenia nie mogą być prototypem). Tzw. „opcja” zaoferowania przez Odwołującego po terminie składania ofert jest wyłącznie zabiegiem Odwołującego i usiłowaniem przekonania co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

9) Zarzut 2.4 – odrzucenie oferty ze względu na brak możliwości zapisu na karcie SD danych w oferowanych dmuchawach Aerzen: – we wszystkich wersjach dmuchaw Aerzen Delta Blower występuje rozwiązanie oparte o zastosowanie zapisu wewnętrznego, w pamięci sterownika, bez zapisywania na kartach SD. Dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym w Eko Babice Sp. z o.o.) jest również oparta o zastosowanie zapisu wewnętrznego, w pamięci sterownika, bez zapisywania na kartach SD. Pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen

na prośbę wykonawcy w związku z pismem z 12 maja 2017 r. dotyczące złożenia wyjaśnień. Tzw. „opcja” zaoferowana przez Odwołującego po terminie składania ofert jest wyłącznie zabiegiem Odwołującego i usiłowaniem przekonania co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

10) Zarzut 2.5 – odrzucenie oferty ze względu na brak czytnika zbliżeniowego RFID i serwera sieciowego w sterowniku w oferowanych dmuchawach Aerzen. We wszystkich wersjach dmuchaw Aerzen Delta Blower występuje rozwiązanie przy braku czytnika zbliżeniowego RFID i serwera sieciowego w sterowniku. Dmuchawa w funkcjonującej wszędzie obecnie wersji (w tym w Eko Babice Sp. z o.o.) również nie posiada czytnika zbliżeniowego RFID i serwera sieciowego w sterowniku. Pismo z 15 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, obecna oferta oparta jest o zmianę dokonaną przez Aerzen na prośbę wykonawcy w związku z pismem z 12 maja 2017 r. dotyczącym złożenia wyjaśnień. Przedmiotowe urządzenie, nawet jeśli zostałyby wyprodukowane na potrzeby niniejszego zamówienia, nie będzie spełniało warunku użytkowania przez co najmniej 1 rok. Dmuchawy zostały wskazane w wykazie oferowanych urządzeń, a wszystkich urządzeń z wykazu dotyczył wymóg użytkowania przez co najmniej 1 rok (urządzenia nie mogą być prototypem). Tzw. „opcja” zaoferowana po terminie składania ofert jest wyłącznie zabiegiem Odwołującego i usiłowaniem przekonania co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Również w tej „opcji” nie zaoferowano czytnika RFID, który jest podstawą działania systemów RFID. Czytnik RFID w dmuchawach składa się z odbiornika (w komputerze dmuchawy) i specjalnych kart dostępu o różnych poziomach uprawnienia dostępu. Po zbliżeniu karty dostępu następuje bezprzewodowe logowanie się do systemu dmuchawy, co umożliwia wprowadzenie zmian w sterowniki dmuchawy przez uprawnione osoby. W dmuchawach Aerzen taka opcja jest niedostępna i nie została zaoferowana przez Odwołującego.

11) Zarzut 3 – odrzucenie oferty z uwagi na zaoferowania armatury T.I.S. Polska Sp. z o.o. nie spełniającej wymagań, w szczególności w zakresie zasuwy nożowej do ścieków – obustronne profile zgarniające zapewniające czyszczenie płyty zasurowej, wrzeczona niewznoszącego, korpusu z żeliwa szarego EN PL 1040, zewnętrznych części ruchomych zabezpieczonych osłoną ze stali nierdzewnej. Pismo z 5 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, gdyż oferta złożona w terminie składania ofert zawiera rozwiązania nie spełniające wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pierwotna treść oferty nie zawierała elementów, które zostały złożone 5 maja 2017 r., tego typu działanie jest samowolnym składaniem nowej oferty po terminie. Poza tym nawet ta zmiana nie doprowadziła do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż brak połączenia

dysku z wałkiem napędowym za pomocą kołków poprzecznych z materiału 1.4401., wewnętrznej manszety zawulkanizowanej w pierścieniu nośnym, wymiennej.

12) Zarzut 3 – przepustnica międzykołnierzowa – odrzucenie oferty ze względu na zaferowanie przepustnicy niespełniającej wymogów, w szczególności w zakresie dysku ze stali nierdzewnej 1.4401/AISI 316, połączenia dysku z wałkiem napędowym za pomocą kołków poprzecznych z materiału 1.4401, wałków ze stali nierdzewnej – materiał 1.4021, wewnętrznej manszety zawulkanizowanej w pierścieniu nośnym, wymiennej. Pismo z 5 maja 2017 r. stanowi próbę zmiany oferty, oferta złożona w terminie składania ofert zawiera rozwiązania nie spełniające wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym nawet ta niedozwolona zmiana nie doprowadziła do zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym m.in. brak połączenia dysku z wałkiem napędowym za pomocą kołków poprzecznych z materiału 1.4401; wewnętrznej manszety zawulkanizowanej w pierścieniu nośnym, wymiennej.

Zatem zarzut dotyczący nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie bezzasadny.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum HYDRO-MARKO, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na okoliczność, że w ofercie Przystępujący wskazał wykonanie robót budowlanych przy pomocy podwykonawcy w zakresie, w jakim Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał wykonania osobistego przez wykonawcę Zamawiający przedstawił argumentację analogiczną jak w sprawie o sygn. KIO 1222/17.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań, również Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz Ebro Trade Sp. z o.o., nawet jeśli cena ich oferty przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz upłynął termin związania wykonawcy ofertą.

Uprawnienie do złożenia odwołania w takiej sytuacji było już wcześniej, co do zasady, wyrażane w orzecznictwie krajowym, zostało też ostatecznie potwierdzone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r., sygn. C-131/16 *Archus et Gama*. W wyroku tym Trybunał orzekł: „Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r.

koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie <<danego zamówienia>> w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z powyższym Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz Ebro Trade Sp. z o.o. przysługuje prawo negocjowania wyboru oferty innego wykonawcy, nawet gdyby miało to skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności przebieg poszczególnych czynności w postępowaniu oraz treść złożonych dokumentów) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz z zaprezentowaną argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. KIO 1222/17 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. KIO 1224/17 nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak prawidłowego wniesienia wadium Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7b ofertę odrzuca się, jeśli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeśli zamawiający żądał wniesienia wadium. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych w swojej istocie jest powtórną częścią dawnego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (częścią dotyczącą wadium), zatem aktualne są poglądy odnoszące się do tego przepisu – z tym, że obecnie kwestia wniesienia wadium została uznana za

kwestię dotyczącą samej oferty i skutkującą jej odrzuceniem, a nie podmiotu ją składającego – skutkującą jego wykluczeniem z postępowania.

Nie było sporne, iż oferta została złożona wspólnie przez HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. oraz M.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P., natomiast złożona Zamawiającemu gwarancja bankowa została wystawiona dla HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i w swojej treści tylko tej spółki dotyczy.

Tym samym nie ma tożsamości pomiędzy podmiotem, którego gwarancja dotyczy a oferentem.

Ze stanowisk Stron oraz Przystępującego wynika, iż znane są im założenia obu istniejących w orzecznictwie stanowisk dotyczących kwestii poprawności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem nie ma potrzeby powtarzać ich w uzasadnieniu. Stanowiska te znane są również Izbie.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela jednak stanowisko, zgodnie z którym w treści gwarancji oferent musi być wskazany prawidłowo – a zatem muszą być w niej wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją). Odmienne stanowisko zaś skład orzekający uznaje za niepoprawne pod względem prawnym, pominie jednak w niniejszym uzasadnieniu jego krytykę, czy polemikę z nim. Skład orzekający podziela również co do zasady poglądy wyrażone w orzeczeniach, które wskazują na to, że dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak np. wyrok KIO z 22 maja 2015 r., sygn. KIO 974/15, wyrok KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. 1251/15, wyrok KIO z 14 września 2015 r., sygn. KIO 1881/15, wyrok KIO z 17 września 2015 r., sygn. 1936/15, wyrok KIO z 8 października 2015 r., sygn. KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15. Nie powielając jednak zawartej tam, dość obszernej, argumentacji, wskaże najistotniejsze jego zdaniem przesłanki poprawności tego stanowiska. Po pierwsze nie budzi wątpliwości, że gwarancja wadium powinna zabezpieczać ofertę danego oferenta w ustawie Prawo zamówień publicznych zwanego wykonawcą, zgodnie z definicją wykonawcy zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Po drugie, jest oczywiste, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zwanym w praktyce „konsorcjum”) owym oferentem – wykonawcą są wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia jako całość, a nie którykolwiek z nich oddzielnie (poszczególne konsorcjanty). Wynika to bezpośrednio z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „1. Wykonawcy mogą

wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.”

Po trzecie – to, kto jest oferentem (wykonawcą) wynika z treści oferty, a to, czyją ofertę zabezpiecza gwarancja wynika z treści gwarancji. Biorąc zaś pod uwagę stosowaną konstrukcję treści gwarancji, nie ma innego sposobu identyfikacji danej oferty, o której mówi gwarancja, niż poprzez wskazanie nazwy zamawiającego, nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz, przede wszystkim, nazwy oferenta.

Po czwarte, wymóg, by wykonawca poprawnie określił swoją nazwę lub skład podmiotowy, jest oczywisty i nie musi być szczególnie podkreślany przez ustawodawcę.

Bezpośrednią konsekwencją powyższego stanu prawnego jest to, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta – co do tego poglądy w praktyce zamówień publicznych są jednolite. Nie powinno też budzić wątpliwości, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającą powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty – tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej – gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta. Tym samym nie ma znaczenia, że w danej gwarancji została podana prawidłowa nazwa postępowania, kwota wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty – jeśli nie ma „tylko” oferty, którą owa gwarancja zabezpiecza.

Z tego powodu w braku wskazania w treści gwarancji prawidłowego oferenta (a tym samym i prawidłowej oferty) nie chodzi nawet o to, że gwarant może odmówić realizacji gwarancji, jeśli okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wystąpią w stosunku do konsorcjantów innych niż HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k., ale także jeśli będą dotyczyły samej HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. Z punktu widzenia bowiem treści gwarancji w połączeniu z treścią złożonej oferty żaden z tych podmiotów nie istnieje z punktu widzenia treści gwarancji, bo nie istnieje zabezpieczona tą gwarancją oferta. Nie mają tu znaczenia prawne ewentualne zapewnienia gwaranta, że wypłaci kwotę wskazaną w gwarancji, nie wynikają one bowiem z treści gwarancji. Jeśli zaś gwarant wiedział, że ofertę spółka HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. złoży wspólnie z innym podmiotem, tym bardziej w treści gwarancji należało to ujawnić. Należy bowiem pamiętać, że gwarancja należy do czynności abstrakcyjnych, a zatem istotne jest to, co zostało wskazane w jej treści – to bowiem wiąże gwaranta – a nie causa tej czynności i to jeszcze wywiedziona pośrednio ze stosunków pomiędzy poszczególnymi podmiotami.

Dodatkowo należy zauważyć, że, zgodnie z jednolitymi poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i piśmiennictwie, żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść

wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadium, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z ww. art. 45 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składania ofert, ofertę odrzuca się. Odpowiada to również założeniom art. 70⁴ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przystępujący do przetargu powinien wpłacić organizatorowi przetargu określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, czyli wadium, pod rygorem niedopuszczenia do niego. Tym samym do przetargu może być dopuszczony jedynie podmiot, który wpłaci określoną sumę lub ustanowi odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty przed przystąpieniem do przetargu, którym jest złożenie oferty (przynajmniej w modelu klasycznego przetargu jednoetapowego). Z sytuacji, gdy oferent, czyli i oferta wskazana w gwarancji, nie jest tym samym oferentem i ofertą, które pojawiły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia wynika więc, że nie ma jedności podmiotowo-przedmiotowej pomiędzy nimi, zatem zmieniony został/zostałyby zakres pokrycia gwarancją danego stanu faktycznego. To z kolei musi prowadzić do dwóch skutków: po pierwsze składając oświadczenie, iż w stosunku do „wykonawcy, którego oferta” została wybrana lub mogłaby zostać wybrana, a który został wskazany w gwarancji, wystąpiła któraś z sytuacji wskazanych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie oddawałby prawidłowo stanu faktyczno-prawnego istniejącego w postępowaniu (bo w postępowaniu nie ma i nie było oferty HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k., której dotyczy gwarancja) i gdyby został przez gwaranta o okazanie tej oferty poproszony, nie mógłby jej okazać (i zdaniem Izby nie jest to „merytoryczne” badanie żądania, a jedynie formalne sprawdzenie, czy żądanie dotyczy danej gwarancji). Po drugie – gwarant może automatycznie podnieść w stosunku do beneficjenta gwarancji zarzut przekroczenia zakresu gwarancji (wystąpienia stanu, którego gwarancja nie obejmuje), inaczej dokonując wypłaty działałby na własną niekorzyść, co wywołuje skutki nie tylko cywilnoprawne, ale także karne. Tym samym wcale nie jest pewne, że Zamawiający jakąkolwiek wypłatę z takiej gwarancji by uzyskał (już nawet pomijając powszechnie znany fakt, że kiedy konieczność wypłaty staje się realna, a nie tylko teoretyczna, zobowiązani są mniej skłonni do dokonania owej wypłaty niż wcześniejszych zapewnień). Zresztą nawet gdyby gwarant zdecydował się wypłacić sumę gwarantowaną oczekując regresu od zleceniodawcy gwarancji, to z kolei HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. mogłaby dochodzić od Zamawiającego zwrotu wypłaconej sumy w oparciu choćby o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, na podstawie właśnie wyżej opisanego

zarzutu. I nawet gdyby Zamawiający w konsekwencji wygrał spór, to możliwość zaistnienia takiego sporu, jak i bardzo realna możliwość jego przegrania, zawsze istnieje.

Sytuacja taka nie jest zgodna z istotą wadium zawartą w jej definicji (art. 70⁴ § 1 Kodeksu cywilnego), zgodnie z którą zabezpieczenie zapłaty sumy ma być odpowiednie. Natomiast zabezpieczenia, które jest niepewne i potencjalnie sporne, w żadnym wypadku nie można nazwać odpowiednim. Co więcej – z czym się zgadzają, a nawet podkreślają przedstawiciele reprezentujący oba sprzeczne stanowiska dotyczące poprawności gwarancji wadialnej – wadium wniesione w innej formie niż pieniężna, jako jej substytut, musi zabezpieczać interesy zamawiającego w sposób nie gorszy niż pieniądze spoczywające na jego rachunku bankowym. Natomiast gwarancja wadialna, której zapłata jest co najmniej dyskusyjna, nie zabezpiecza interesów zamawiającego nie gorzej niż forma pieniężna wadium (a więc znów – nie jest to „odpowiednie” zabezpieczenie). Doskonale ujął to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 października 2015 r. o sygn. XXIII Ga 1313/15: „Na marginesie należy wskazać, iż ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciążące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania [chodzi o postępowanie skargowe – przyp. aut.], ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku.” I ten właśnie cytat znakomicie podkreśla wadliwość argumentacji o poprawności gwarancji, w której nie wskazano, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum – gdyż zamawiający nie może stwierdzić równie beztrąsko jak sąd, że nie wiadomo i nie ma znaczenia, jakie będzie zachowanie gwaranta w chwili, kiedy zażąda on zapłaty sumy gwarantowanej – to zamawiający bowiem będzie wypłaty dochodził i w oparciu o treść posiadanej gwarancji musi być pewny, że sumę wadialną uzyska. I przede wszystkim też, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający musi zweryfikować także poprawność wniesionych przez nich wadium – nawet jeśli w stosunku do 99% z nich nigdy nie zdecyduje się tego wadium zatrzymać. Zatem owszem, nie ma pewności, że gwarant odmówi wypłaty kwoty wadium – ale nie ma też pewności, że nie odmówi (i to nie bezpodstawnie, ale z mając ku temu uzasadnione przyczyny prawne).

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający żąda wniesienia wadium od wykonawców”, a więc wadium ma wnieść wykonawca. Pojęcie wykonawcy definiuje art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a pojęcie wykonawcy w rozumieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w przypadku konsorcjum „wykonawcą” będą, jak wskazano już powyżej, wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zatem stwierdzenie w art. 45 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

„zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium” należy w takim przypadku rozumieć jako „zamawiający żąda od konsorcjum wniesienia wadium”, czyli „wadium wnosi konsorcjum”.

Zasady wnoszenia wadium dla wykonawców indywidualnych i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są jednakowe – w obu wypadkach w gwarancji musi zostać wskazany oferent/wykonawca i do tego musi on zostać wskazany poprawnie – różnica ta będzie tylko taka, że w pierwszym przypadku będzie to nazwa jednego podmiotu, a w drugim dwóch lub więcej. Ewentualnie – w wersji minimum – w treści gwarancji może być wskazany co najmniej jeden wykonawca z zaznaczeniem, że oferta będzie złożona wraz z innym podmiotem lub podmiotami albo że będzie złożona w ramach konsorcjum, albo że podmiot zlecający wystawienie gwarancji działa jako pełnomocnik danych podmiotów.

To, że lider lub inny członek konsorcjum może wnieść (tj. ustanowić i złożyć zamawiającemu) wadium w postaci gwarancji, nie oznacza, że może to zrobić niepoprawnie. Zatem treść takiej gwarancji musi być prawidłowa – w tym wypadku powinna wskazać, że gwarancja dotyczy oferty konsorcjum, a nie jedynie oferty (własnej) lidera.

Jak już Izba zauważyła powyżej – gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa jest czynnością abstrakcyjną, czyli oderwaną od *causy*, tj. przyczyny dokonania danej czynności. Z punktu widzenia gwarancji i gwaranta oraz beneficjenta gwarancji istotna jest więc jej treść, a nie stosunki łączące gwaranta i wykonawcę, wykonawcę i zamawiającego, czy też wewnętrzne stosunki wykonawców (konsorcjantów). Wynika to zresztą wprost z art. 81 ustawy Prawo bankowe definiującego gwarancję bankową (gwarancja ubezpieczeniowa nie ma własnej definicji, dlatego posłkowo stosuje się pojęcia związane z gwarancją bankową). Przepis ten wskazuje, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Zatem warunkiem spełnienia przez gwaranta świadczenia z gwarancji jest spełnienie przez beneficjenta określonych warunków zapłaty – i to jedynie warunki zapłaty określone w gwarancji są istotne z punktu widzenia zobowiązania (przy czym „warunki zapłaty” należy rozumieć szeroko, jako wszystkie postanowienia gwarancji łącznie – całą jej treść).

Tymczasem przedstawiciele stanowiska, zgodnie z którym w treści gwarancji nie musi być wskazany pełen (poprawny) oferent, głosząc pogląd o abstrakcyjności gwarancji jednocześnie powołują się nie tylko na jej *cause*, ale wręcz daleko poza nią wykraczają odnosząc się nie tylko do wzajemnych stosunków pomiędzy podmiotem wskazanym

w gwarancji a zamawiającym, wykonawcą (tj. wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) a zamawiającym oraz pomiędzy podmiotem wskazanym w gwarancji a innym konsorcjantem czy konsorcjantami (o których gwarancja w ogóle nie wspomina). Co więcej, owe wzajemne stosunki opisywane są błędnie. Pomiedzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, poza sytuacją opisaną w art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie istnieje żadna odpowiedzialność solidarna wobec zamawiającego. Dodatkowo – z punktu widzenia prawa zobowiązań, w zakresie złożenia oferty czy wniesienia wadium trudno w ogóle mówić o jakichś zobowiązaniach wobec zamawiającego. Żaden wykonawca ani konsorcjant nie jest bowiem zobowiązany wobec zamawiającego ani do złożenia oferty, ani do wniesienia wadium. Oczywiście, wniesienie wadium, jeśli było ono żądane, jest warunkiem formalnym udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym sensie wykonawca „jest zobowiązany” do jego wniesienia. Jednak nie jest to zobowiązanie, o którym mowa w definicji zobowiązania zawartej w art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego: „Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.” Zamawiający nie ma bowiem roszczenia o złożenie oferty czy wniesienie wadium. Tym bardziej nie może – jak wskazano w definicji zobowiązania solidarnego po stronie dłużników (art. 366 Kodeksu cywilnego) żądać całości lub części świadczenia (wadium) od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub każdego z osobna. Jedyną konsekwencją tego, że wadium nie zostanie wniesione, nie zostanie wniesione w całości lub zostanie wniesione nieprawidłowo jest więc odrzucenie oferty. Złożenie wspólnej oferty nie powoduje również solidarności po stronie konsorcjantów. Jak wynika z definicji zobowiązania solidarnego zawartej w art. 366 § 1 Kodeksu cywilnego „kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).” Natomiast konsekwencją złożenia oferty (jedynym „świadczeniem” na tym etapie postępowania) jest zawarcie przez oferenta umowy na warunkach w ofercie określonych (zamawiający nie może jeszcze, bez umowy, żądać świadczenia w postaci przedmiotu oferty/przedmiotu umowy). Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byliby zobowiązani z oferty solidarnie, wystarczyłoby, żeby jeden albo niektórzy z nich zawarli umowę z zamawiającym, a pozostali np. zrezygnowali z realizacji zamówienia. Jednak w zamówieniach publicznych nie można tego zrobić – umowę może zawrzeć tylko wykonawca, który złożył ofertę, czyli pełne konsorcjum. Zasada ta wywodzi się wprost z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. że zamówienia można udzielić tylko

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie mogą tego zmienić, jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego) żadne ustalenia zamawiającego z wykonawcą ani tym bardziej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zawarte czy to w umowie konsorcjalnej, czy poza nią. Zatem owego typu zobowiązania (zobowiązania solidarnego) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można ustalić w drodze czynności prawnej. Zgodnie z art. 369 Kodeksu cywilnego zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W tej sytuacji, jak wskazano powyżej, solidarność ta nie wynika z ustawy, nie może wynikać z czynności prawnej i do tego trudno w ogóle mówić o zobowiązaniu w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Na marginesie powyższych rozważań warto przywołać wyrok Sądu Najwyższego dotyczący kwestii prawa żądania zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie przez konsorcjanta (wyrok z 13 października 2011 r., sygn. V CSK 475/10): „Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia w związku z podniesionym w skardze kasacyjnej zarzutem naruszenia art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu nadanym nowelą wrześniową z 2008 r. było ustalenie, kto jest wykonawcą, w rozumieniu tego przepisu, uprawnionym do żądania zwrotu wadium, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców wspólnie ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.); w rezultacie zaś odpowiedź na pytanie, czy uprawnione było stanowisko Sądu Apelacyjnego, w myśl którego, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez ustanowionego pełnomocnika, to jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego. (...) Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub – jak w sprawie niniejszej – lider Konsorcjum. Przy czym p.z.p. nie definiuje odrębnie <<wykonawcy wielopodmiotowego>>, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (...) Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie niniejszym, to stanowisko jest w pełni przekonywające, co oznacza, że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także – jak w sprawie niniejszej – w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie

zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie spółnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 u.z.p.). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. A skoro w niniejszej sprawie powód nie wystąpił także w imieniu pozostałych konsorcjantów, jako ich pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.”

Wyrok powyższy został przywołany w uzupełnieniu argumentacji zawartej w uzasadnieniu, gdyż dotyczy kwestii zwrotu wadium, a nie etapu jego ustanowienia i wnoszenia oraz legitymacji procesowej członków konsorcjum. Jednak w wyroku tym Sąd wyraźnie wskazuje na konieczność wspólnego działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ich ujawnienia jako strony postępowania), także w przypadku, gdy w ich imieniu działa pełnomocnik (zresztą zasada, że aby czynność prawna wywarła skutki wobec mocodawcy, fakt działania przez pełnomocnika w imieniu mocodawcy, a nie własnym, musi zostać ujawniony, jest ogólną zasadą prawa cywilnego). Prawdopodobne jest więc, że takie samo stanowisko co do osoby wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i konieczności jego wskazania w treści gwarancji zajmie Sąd Najwyższy również w kwestii samego wniesienia wadium.

Dodatkowo Zamawiający w rozdziale 9. dotyczącym wniesienia wadium, w punkcie 9.9. zawarł postanowienie, zgodnie z którym „w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców (konsorcjum, spółka cywilna itd.) wadium wniesione w inne formie niż w pieniądzu musi zawierać zapis o udzieleniu gwarancji przez wszystkich członków Wykonawcy.” Jakkolwiek sformułowanie „zapis o udzieleniu gwarancji przez wszystkich członków Wykonawcy” jest niezbyt zręczne, ponieważ to nie wykonawcy udzielają gwarancji, lecz gwarant (bank, ubezpieczyciel) to, zdaniem Izby, Odwołujący prawidłowo zinterpretował to postanowienie jako żądanie Zamawiającego, by w gwarancji wskazano wszystkich członków konsorcjum – nie ma bowiem innej potencjalnej przyczyny, dla której w gwarancji miałyby się znaleźć „zapis o udzieleniu gwarancji przez wszystkich członków Wykonawcy”.

W związku z powyższym ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i M.P. prowadzącej działalność gospodarczą

pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P. należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów obu Odwołujących dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i M.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P. ze względu na wskazanie w niej sposobu wykonania robót budowlanych przy pomocy podwykonawców w zakresie zabronionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba zauważa przede wszystkim, że, niezależnie od późniejszej argumentacji, oba zarzuty dotyczą kwestii odrzucenia oferty, a nie sposobu wskazania skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego (zakresu tego, jak wynika z odpowiedzi na odwołania, nie był pewny też Zamawiający).

Zarzut podniesiony przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miko-Tech Sp. z o.o. oraz Ebro Trade Sp. z o.o. odnosił się do naruszenia „art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum HYDRO-MARKO, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na okoliczność, że wskazano sposób wykonania robót budowlanych przy pomocy podwykonawców w zakresie zabronionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zarzut podniesiony przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ENVIROTECH Sp. z o.o. oraz Stalbudom Sp. z o.o. również wskazywał na naruszenie „art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie względem Odwołującego, skutkujące bezzasadnym uznaniem, iż oferta przez niego złożona jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty oraz brak jego zastosowania względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. k. i M.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.P., podczas gdy złożona przez nich oferta pozostaje niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to również, że postawionych w odwołaniu zarzutów nie można rozszerzać ani modyfikować w sposób skutkujący takim rozszerzeniem. W związku z powyższym Izba nie rozpatrywała kwestii związanych z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek przyznaje Odwołującym słuszność co do ogólnej zasady, że z art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności jego ust. 3 i 4,

oraz zasady realności udostępnienia zasobów wyrażonej m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o sygn. C-324/14 Partner D. A. wynika, że w przypadku koniecznego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, zakaz podwykonawstwa w konkretnym zakresie ma wpływ na możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku, którego ów zakres podwykonawstwa dotyczył (podmiot ten nie będzie mógł być podwykonawcą w danym zakresie, zatem nie spełni wymogu art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z drugiej strony również nieadekwatne powołanie się na podwykonawstwo w stosunku do prac, do których odnosi się warunek (powołanie się w zbyt niewielkim zakresie) świadczy o braku realnego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego – będzie to obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W kwestii tej należy też wskazać, że argumentacja Odwoływających w ogóle nie odnosiła się do wpływu zakazu podwykonawstwa na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy udziale podmiotu trzeciego – zatem również z tego powodu zarzut nie mógł być rozpatrzony pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do postawionych zarzutów Izba stwierdza, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3.33) do osobistego wykonania wykonawcy zastrzegł jedynie prace, o których mowa w punkcie 16. ST-15 „Instalacje technologiczne, wyposażenie i montaż”. W ofercie Konsorcjum HYDRO-MARKO w informacji o części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wskazano ogólnie „część robót branży technologicznej, część robót branży budowlanej i elektrycznej – Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o.”

Zdaniem Izby wskazanie „część robót branży technologicznej” (bo tylko tego zakresu dotyczy spór) jest zbyt ogólną informacją, aby wysnuć z niej wniosek, czy ten zakres robót dotyczy specyfikacji technicznej nr 15 (ST-15), czy też nie, i w jakim zakresie. Jak wskazał Zamawiający, w wyjaśnieniach tej kwestii, o które Zamawiający poprosił, datowanych na 16 maja 2017 r., Przystępujący Konsorcjum HYDRO-MARKO bardziej szczegółowo określili ten zakres robót (roboty wskazane na str. 24-25 odpowiedzi na odwołanie) i nie dotyczą one robót wyłączonych z podwykonawstwa, a jednocześnie wyjaśnienia te nie są sprzeczne z zakresem zawartym w ofercie. Przy czym Izba, jak wskazała powyżej, nie rozpatrywała, czy tak wskazany zakres podwykonawstwa pozwala stwierdzić realny udział podmiotu trzeciego w realizacji przyszłego zamówienia.

W związku z powyższym należało uznać, że zarzuty Odwołujących w tym zakresie nie potwierdziły się, a Zamawiający uzasadnił powody, dla których uznał ofertę za prawidłową w zakresie odnoszącym się do zakazu podwykonawstwa.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, jak też zarzutów kolejnych, Izba zauważa też, iż, jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Czynności Izby są więc czynnościami o charakterze kontrolnym pod względem zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Po zapoznaniu się więc z argumentacją Zamawiającego stanowiącą uzasadnienie podjętych przez niego decyzji, czy to o odrzuceniu lub przyjęciu oferty, czy wykluczeniu lub uznaniu wykonawcy za niepodlegającego wykluczeniu itd., jeśli Izba uzna uzasadnienie Zamawiającego podjęcia danej decyzji za przekonujące, jednocześnie uznaje taką decyzję za prawidłową.

Przy tym należy wskazać, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem o charakterze kontradyktoryjnym, więc wymaga aktywności stron i przystępujących w dowodzeniu słuszności ich twierdzeń. I o ile jeszcze kwestie prawne Izba rozstrzyga według swojej wiedzy, którą posiada z racji swojego urzędu i doświadczenia zawodowego nawet w stopniu większym niż strony i uczestnicy postępowania, zatem aktywność stron może być tu mniejsza, o tyle informacje o stanie faktycznym (np. jakie urządzenia w jakim miejscu zostały zamontowane) lub w kwestiach technicznych (np. parametry urządzeń) strony i uczestnicy postępowania muszą Izbie przedstawić (i udowodnić) w trakcie postępowania odwoławczego, także podnosząc kontrargumenty do argumentacji przeciwnika procesowego.

Również w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Envirotech Sp. z o.o. i Stalbudom Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że Zamawiający w sposób przekonujący uzasadnił powody, dla których podjął ww. decyzje, dlatego uznała decyzje te za prawidłowe – poza zakresem odnoszącym się do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria („kryteria selekcji”), lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przepis ten odnosi się więc do kwestii podmiotowych, czyli warunków udziału w postępowaniu, podleganiu wykluczeniu z postępowania i selekcji wykonawców, a nie kwestii przedmiotowych, których dotyczy spór (zamontowanych, oferowanych urządzeń) – nie może być zatem zastosowany.

Podstawą wykluczenia Odwołującego powinien być zatem wyłącznie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych („z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”), który odnosi się zarówno do kwestii podmiotowych, jak i przedmiotowych. Kwestia wskazania, czy oferowane urządzenia spełniają wymóg wcześniejszego działania przez 12 miesięcy, czy też są zakazanym prototypem, miała bezpośredni wpływ na ocenę przez Zamawiającego oferty pod kątem jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a zatem decyzję, czy dana oferta zostanie odrzucona, czy też przyjęta i w dodatku uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Decyzję tę bez wątplenia należy uznać za istotną dla postępowania. Izba również zgadza się z argumentacją Zamawiającego o przypisaniu Odwołującemu danego stopnia winy, o której mowa w tym przepisie. Należy też wskazać, że dany wykonawca, korzystając z innych podmiotów i powołując się na uzyskane od nich informacje, złożone oświadczenia itd. i przedstawiając je zamawiającemu, bierze za nie odpowiedzialność.

Ze względu na fakt, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo uzasadnił decyzję o wykluczeniu Odwołującego, a Izba argumentację tę szeroko zacytowała w poprzedniej części uzasadnienia wyroku oraz (poza powyżej wskazaną kwestią) zgadza się z przedstawioną argumentacją Zamawiającego, Izba nie będzie jej powtarzać, uznając ją zasadniczo również za swoje uzasadnienie podjęcia rozstrzygnięcia wskazanego w sentencji wyroku.

Jak już Izba stwierdziła powyżej, również decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Envirotech Sp. z o.o. i Stalbudom Sp. z o.o. jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznała za prawidłową.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych który w niniejszej

sprawie nie może mieć zastosowania). Z art. 87 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych *a contrario* wynika, że oferta jest niezmienna po upływie terminu składania ofert. W art. 87 ust. 1 zdanie 2 zostało wskazane wprost, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści poza poprawkami opisanymi w art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (które nie mają zastosowania w niniejszym stanie faktycznym). Z kolei z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że ofertę wykonawca może zmienić lub wycofać przed upływem terminu składania ofert (zatem – *a contrario* – nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert).

W kwestii zakazu zmiany treści złożonej oferty wielokrotnie, kategorycznie wypowiadał się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w jego ocenie zezwolenie na dokonanie takich zmian narusza podstawową zasadę przyświecającą zamówieniom publicznym, czyli zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednym z ostatnich wyroków jest wyrok z 11 maja 2017 r., sygn. C-131/16 *Archus et Gama*.

W wyroku tym Trybunał wskazał, że „zasadę równego traktowania wykonawców (...) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty...” Oczywiście równie niedopuszczalna jest zmiana dokonywana przez wykonawców z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego.

W przywołanym wyroku C-131/16 Trybunał powołał się szeroko na swoje dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie oraz podsumował główne założenia swoich wcześniejszych wyroków. W swoich rozważaniach Trybunał stwierdził: „należy przede wszystkim przypomnieć, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (zob. w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt

33), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja/Dania, C-243/89, EU:C:1993:257, pkt 33; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 51; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 33), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37). Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r., UniversaleBau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33). Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31). Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 37). Trybunał orzekł już również jednak przy innej sposobności, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów [zob. podobnie, dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu ograniczonego podlegających dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 35– 45, w odniesieniu do etapu oceny ofert; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt

30–39, w odniesieniu do etapu preselekcji oferentów]. Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 42– 44; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 34, 35). Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). Wreszcie, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 41; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37). Żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40). W niniejszym przypadku sąd odsyłający wskazał we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oferenci musieli załączyć do oferty próbki elektronicznej wersji dokumentów z archiwum, które należało sporządzić według wskazań określonych w pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz podać metodę i parametry cyfryzacji. W okolicznościach sprawy głównej to wykonawcy Archus i Gama, występując jako oferent, zwrócili się do instytucji zamawiającej o wprowadzenie poprawki do ich oferty, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w celu zastąpienia nową próbką mikrofilmu próbki, którą załączyli do swojej oferty, a która nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tymczasem zgodnie z przytoczonym w pkt 29 niniejszego wyroku orzecznictwem wezwanie przez instytucję zamawiającą oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwiać oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też, zgodnie

z przytoczonym w pkt 31 niniejszego wyroku orzecnictwem, doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę. W każdym razie mogące ciążyć na instytucji zamawiającej na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Z pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10, EU:C:2012:191) wynika bowiem, że pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.”

Jak wskazał Zamawiający – i jak wynika wprost z treści odwołania – Odwołujący spełnianie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie wywodził nie z samej treści oferty, lecz dokonanych później uzupełnień informacji o oferowanych produktach.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo zakwalifikował przedstawione dodatkowo dokumenty, odmienne w swojej treści od złożonych w ramach oferty, jako próbę niedozwolonej zmiany oferty, która ponadto prowadziła do naruszenia zakazu oferowania urządzeń będących prototypami.

Zamawiający szczegółowo opisał tę kwestię w odpowiedzi na odwołanie, poza tym przedstawił podczas rozprawy tabelaryczne zestawienie powyższych nieprawidłowości – a argumentacja ta oraz przedstawione informacje nie zostały przekonująco zakwestionowane przez Odwołującego.

Ze względu na szeroko zacytowane powyżej wyjaśnienia Zamawiającego, Izba nie będzie ich powtarzać, uznając je zasadniczo również za swoją argumentację uzasadniającą rozstrzygnięcie podjęte w sentencji wyroku.

Wątpliwości Izby budzi co najwyżej kwestia, czy sporny hydrant uznać za część armatury, o której mowa w wymogu pochodzenia od jednego producenta – jeśli bowiem w projekcie wykonawczym przykładowo podano innego producenta hydrantów, a innego pozostałej armatury (czemu Zamawiający nie zaprzeczył), również wykonawcy mogli uznać, że hydrant nie podlega nakazowi pochodzenia od jednego producenta (w znaczeniu wyprodukowania przez jednego producenta). Jednak dla uznania oferty za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wystarczająca jest niezgodność nawet jednego jej elementu, zatem przy prawidłowym zakwalifikowaniu kilkunastu pozostałych cech/parametrów/funkcji oferowanych urządzeń jako niezgodnych z wymaganiami

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwestia ta nie ma znaczenia dla prawidłowości decyzji o odrzuceniu oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: