

Sygn. akt: KIO 2825/15
KIO 2830/15

WYROK
z dnia 21 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 stycznia 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15)
- B. w dniu 9 lutego.2015 r. przez wykonawcę Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2830/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi

przy udziale wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2825/15.

orzeka:

1.

A) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15),

B) Oddala odwołanie wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2830/15).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15) oraz wykonawcę Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2830/15) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15) oraz wykonawcę Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2830/15) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2825/15
KIO 2830/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Wykonanie usługi polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Publiczny (ŁRP)* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 1 września 2015 roku pod numerem 2015/S 168-306966.

A. Sygn. akt KIO 2825/15

Odwołującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od:

- niezgodnego z prawem wykluczenia oferty wykonawcy Konsorcjum firm Romet Rental Systems spz o.o. z siedziba przy ul. Handlowej 3, 35-103 Rzeszów oraz Arkus & Romet Grup sp o.o. z siedziba w Podgrodziu 32c , 39 - 200 Dębica na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 oraz art. 24b ust. 3 ustawy przez uznanie oferty za odrzuconą ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
- niezgodnego z prawem zatrzymania wadium wraz z odsetkami na zasadzie art. 46 ust 4a ustawy z uwagi na to że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, którym mowa w art. 26. Ust.3 z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, ok których mowa w art. 25 ust. 1 pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej,
- niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Nextbike Polska spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego polegającego na uruchomieniu systemu na Uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej systemu Łódzki Rower Publiczny (ŁRP), nr sprawy ZDIT-DZ.3321.53.2015 032 jako oferty najdroższej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym oferty Romet Rental Systems sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Handlowej 3, 35-103 Rzeszów oraz Arkus & Romet Grup sp. o.o. z siedzibą w Podgrodziu 32c , 39 - 200 Dębica;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na zatrzymaniu wpłaconego przez Romet Rental Systems sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Handlowej 3, 35-103 Rzeszów oraz Arkus & Romet Grup sp. o.o. z siedzibą w Podgrodziu 32c , 39 - 200 Dębica wadium złożonego w kwocie 280 tys. zł., wpłaconego na rachunek bankowy Zamawiającego w dniu 26 października 2015r.;
- 3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Oferta złożona przez Odwołującego w ramach w/w przetargu zawiera najkorzystniejszą cenę. Gdyby zamawiający nie wykluczył oferty Romet Rental Systems sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Handlowej 3, 35-103 Rzeszów oraz Arkus & Romet Grup sp. o.o. z siedzibą w Podgrodziu 32c , 39 - 200 Dębica, spełniającej warunki niezbędne do udzielenia zamówienia, Zamawiający winien udzielić zamówienia Odwołującemu. Ponadto czynność Zamawiającego naruszają uzasadniony interes Odwołującego i powodują poniesienie szkody powstałej w rezultacie nieuzasadnionego zatrzymania wadium. W związku z tym powinna być w tej sprawie zastosowana zasada szerokiego pojmowania przesłanek rozumienia interesu prawnego warunkującego prawo Wykonawcy do wniesienia odwołania do KIO od wskazanych czynności zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Łódzki Rower Miejski (ŁRP). W trakcie postępowania zostały złożone 3 oferty w tym oferta Konsorcjum firm Romet Rental Systems i Arkus & Romet Group sp. z o.o. na cenę 10 452 540 zł, która była ofertą zawierającą najniższą cenę.

W dniu 26.11.2015 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w szczególności, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 1 usługę polegającą na dostarczeniu i zarządzaniu systemem roweru publicznego obejmującego co najmniej 300

rowerów działającego nie mniej niż 12 miesięcy oraz załączy dokumenty potwierdzające , że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Odwołujący podkreślał, że załączył do oferty z dnia 26.10.2015r. Wykaz głównych usług w którym na potwierdzenie spełnienia w/w warunku wskazał usługę Thessbike - system rowerów publicznych miasta Saloniki 320 rowerów, 12 stacji, która była wykonywana od sierpnia 2014r. przez BRAINBOX SA z siedzibą w Grecji.

Jednocześnie oświadczył, że usługa wykazana w wykazie jest doświadczeniem podmiotu trzeciego , które zostały oddane do dyspozycji wykonawcy na zasadzie art. 26 ust 2b ustawy. Na potwierdzenie tego wykonawca złożył kopie oświadczenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia firmy BRAINBOX, potwierzonego przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Zamawiający w dniu 11.12.2015 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 w związku z art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 ze zm.) Wykonawcę Konsorcjum Firm: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Handlowej 3, 35 — 103 Rzeszów oraz Arkus & Romet Group Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu 32 c, 39 — 200 Dębica, do złożenia wyjaśnień w terminie do 4.12.2015r. dotyczących w szczególności: uzupełnienia oferty o pisemne (złożone w formie oryginału) zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie odpowiadającym SIWZ do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia lub inny dokument z którego będzie jednoznacznie wynikać uprawnienie do dysponowania tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. W wezwaniu zamawiający wskazał, że zobowiązanie to winno być podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu, wraz z załączonymi dokumentami rejestrowymi. Potwierdzenie wykonywanych usług o charakterze ciągłym lub wykonywanych nadal powinno być wystawione nie później niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca przedłożył oświadczenie podmiotu Brainbox SA z Grecji, który posiada doświadczenie w zakresie opracowania dostarczenia i obsługi systemów wypożyczalni rowerów w Saloniki w Grecji w liczbie 320 rowerów.

Kopie referencji dla Brainbox SA wystawionych przez OTO PARKING SA z których wynika, że firma Brainbox w Thessbike wykonała, dostarczyła oraz jest nadal kompleksowym operatorem publicznego systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów 320 rowerów. System został wdrożony w maju 2014 zaś w sierpniu 2014r. zawierał 320 rowerów oraz jest wciąż zarządzany i eksploatowany przez firmę BRAINBOX SA należycie.

W odpowiedzi na to oświadczenie, Zamawiający zarzucał, że złożone dokumenty zostały przesłane w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem zatem nie spełniają wymogu pisemności.

Ze stanowiskiem tym się nie zgadza wykonawca, treść swojego stanowiska przedstawił w piśmie z dnia 6.11.2015r. Niezależnie od powyższego Wykonawca podnosi, że Zamawiający wyznaczał Wykonawcy bardzo krótki termin do złożenia dokumentów uzupełniających lub wyjaśnień. Wezwania Zamawiającego były wprowadzane do systemu komunikacji elektronicznej po godzinie 16 w piątek co powodowało realne skrócenie terminu dla wykonawcy o co najmniej 2 dni. Co w przypadku podmiotu mającego siedzibę w Grecji ma decydujące znaczenie dla realnych możliwości przedłożenia oryginalnych dokumentów w tym wypisów z urzędowych rejestrów mając na uwadze powszechnie znaną na arenie międzynarodowej specyficzną sytuację publiczną Grecji.

W tej sytuacji Wykonawca dokładając należytej staranności wystąpił do swojego kontrahenta Greckiego o przesłanie dodatkowych dokumentów i przesłał je Zamawiającemu. Wykonawca przesłał dwie przesyłki kurierskie aby dostarczyć wymagane dokumenty w terminie. W trakcie przesyłania, po otrzymaniu informacji od zamawiającego że przesyłka została doręczona, polecił Kurierowi zwrot drugiej. Przesyłka zawierająca oryginalne dokumenty została nieprawidłowo oznaczona. Po zwróceniu do nadawcy okazało się że zwrócona przesyłka zawierała dokumenty oryginalne. Zatem należy uznać, że wykonawca podjął wszelkie działania aby wykonać wezwanie Zamawiającego. Dokumenty złożone w oryginale zostały dostarczone zamawiającemu przed wyborem najkorzystniejszej oferty z niewielkim opóźnieniem, co nie powinno mieć wpływu na ocenę jego oferty.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 11.12.2015 r. Wykonawca oświadczył, że firmy Romet Rental Systems Sp. z o.o., r. Arkus&Romet Group Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 5 ustawy, ponieważ nie złożyły odrębnej oferty lub wniosków o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, i nie istnieją między nimi powiązania prowadzące do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca załączył do wyjaśnień oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, z treści którego wynika, iż Romet Rental Systems Sp. z o.o. i Arkus & Romet Group Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej, w rozumieniu Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U Nr 50 poz. 331 z późn zm.).

Ocena tych oświadczeń należy do Zamawiającego zwłaszcza w kontekście złożonych wraz z ofertą odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego spółek tworzących konsorcjum. Wykonawca nie ukrywał powiązań kapitałowych konsorcjantów składających wspólną ofertę jednak fakt ten nie może mieć wpływu na ocenę tej oferty bowiem pełnomocnik oferty w swoim oświadczeniu wskazał motywy swojego oświadczenia odnosząc się do wykładni celowościowej przepisu, który określa obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w celu unikania zmyślenia cenowego pomiędzy podmiotami składającymi oferty na wykonanie tego samego zamówienia. W tym przypadku nie może być o tym mowy.

Zamawiający stwierdził, że w odniesieniu uzupełnienia przez Wykonawcę pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Firmy Brainbox S.A. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia lub innego dokumentu, z którego jednoznacznie wynikałoby uprawnienie do dysponowania tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia Zamawiający stwierdził, że nie może uznać złożonej przez wykonawcę kopii referencji dla Brainbox S A wystawionych przez OTO PARKING SA jako prawidłowo uzupełnionych ponieważ zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę reprezentowanego przez M. M. - pełnomocnika konsorcjum natomiast, zgodnie z §7ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane, wynika że kopia dokumentów referencji powinna być potwierdzona przez podmiot trzeci a nie wykonawcę. Wykonawca nie zgadza się z tym stanowiskiem z przyczyn, które określił w swoim piśmie z dnia 3 grudnia 2015r, podnosząc, że powołane przepisy wykonawcze wprowadzają upoważnienie szczególne w stosunku do Kodeksu Cywilnego dla wykonawcy do uwierzytelnienia dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym. Niezależnie od powyższego podnosimy że dokumenty te zostały uzupełnione przez wykonawcę w formie oryginałów.

Ponadto Zamawiający zarzuca, że Wykonawca nie wykazał że usługa wykazana w wykazie usług głównych obejmowała swoim zakresem dostarczenie co najmniej 300 rowerów i zarządzanie systemem roweru publicznego (obejmującego co najmniej 300 rowerów) przez okres nie mniejszy niż 12 miesięcy.

Wykonawca w złożonym wraz z ofertą wykazie głównych usług określił usługę zrealizowaną jako system Thessbike- system rowerów publicznych miasta Saloniki 320 rowerów, 12 stacji. Data rozpoczęcia usługi to sierpień 2014r do nadal.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie wskazuje na żadną szczególną formę spełnienia warunków SIWZ poza złożeniem określonych formularzy oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z Formularzem nr 4 do SIWZ. Za główne usługi, których dotyczy obowiązek wskazania w wykazie i złożenia w/w dowodów uznaje się co najmniej usługi niezbędne do oceny spełnienia warunku określonego w pkt 6.1.2. 7.1.3 Dowodami, o których mowa w pkt 7.1.2., są: - poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej. 7.1.4 W przypadku poświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, nie wskazano informacji niezbędnych, które winny być wskazane w ich treści, zatem należy przyjąć, że winny one jedynie dawać świadectwo właściwemu wykonaniu. Wykonawca przedłożył oświadczenie

firmy OTO PARKING która jest firmą prywatną nie posiadającą obowiązku wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego oraz BRAINBOX SA i BRAINBOX Technology które wspólnie utworzyły i zarządzają systemem Wypożyczalni rowerów miejskich w Salonikach w Grecji. System ten działa od 2014r. w uznaniu profesjonalnego i nowatorskiego rozwiązania w zakresie komunikacji publicznej w maju 2014 roku właściciel i zarządca systemu otrzymał prestiżową nagrodę Greckiego Ministerstwa Transportu i Logistyki. Informacja ta jest podana do publicznej wiadomości na stronie internetowej operatora o nazwie *ThessBike Rentals*. W związku z tym stwierdzenie zawarte w złożonych referencjach iż OTO Parking i Brainbox SA dążą do zapewnienia usług które zapewniają utrzymanie najwyższych standardów świadczy nie tylko o należyтым wykonaniu usługi lecz także o stosowaniu znacznie wyższych standardów świadczenia usług co zostało publicznie potwierdzone przyznaniem nagrody.

Wyraźnie orzekł tak skład orzekający Izby w wyroku z dnia 9 września 2011 r., KIO 1873/11. Izba uznała, że dokumenty świadczące o należyтым wykonaniu zamówienia nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Oczywiście zakres robót ujęty w dowodach wskazujących na należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług nie może być rozbieżny z oświadczeniem wykonawcy, ujętym w wykazie. W tym zakresie wciąż aktualny pozostaje wyrok z dnia 5 lutego 2008 r., KIO/UZP 27/08 . Zatem zarówno poświadczenia, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług lub potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone mogą być kwestionowane wyłącznie w sytuacji, gdy ich treść nie zgadza się z treścią oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę na wykazie odpowiednio dostaw, usług lub robót budowlanych, dokumentującego doświadczenie wykonawcy. Uznaje się, że dodatkowe informacje składane jako oświadczenie wiedzy dotyczące wartości, dat wykonania i przedmiotu zamówienia stanowią elementy wykazu. Zamawiający nie jest uprawniony, by żądać szczegółowych informacji w samych dowodach będących świadectwem należytego wykonania, dotyczących np. zakresu robót. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., X Ga 163/10 , zamawiająca nie była uprawniona do żądania od wykonawcy, aby referencje wskazywały na szczególny zakres robót wykonawcy. Wyrok ten pozostaje aktualny także w świetle nowych zapisów rozporządzenia. Również skład orzekający KIO w wyroku z dnia 28 marca 2011 r., KIO 534/11 stwierdził, że ówczesne rozporządzenie nie wymagało, aby treść dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót, poza stwierdzeniem owego należytego wykonania, zawierała jakiegokolwiek inne elementy. Także skład orzekający KIO w wyroku z dnia 19 kwietnia 2011 r.. KIO 534/11 stwierdził, że: „dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji zawartych tamże - o ile bowiem i zamawiający i

wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania". Natomiast za minimum, aby dokument można było uznać za właściwy, należy przyjąć zamieszczenie na nim treści umożliwiającej identyfikację konkretnego dostawcy, przedmiotu dostawy i odbiorcy. Skład orzekający Izby w jednym z wyroków uznał, że dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy może wystawić przede wszystkim podmiot, który był odbiorcą przedmiotowej dostawy, niezależnie od faktu, czy był on końcowym użytkownikiem produktu. Jak wskazał skład orzekający Izby w wyroku z dnia 12 października 2011 r., KIO 2058/11, wystawcą referencji powinna być osoba posiadająca stosowną wiedzę w przedmiocie przebiegu i wykonania robót i która powyższe gotowa jest potwierdzić własnym podpisem. Wystawcą referencji lub innych dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw lub usług, a w przypadku robót budowlanych potwierdzających fakt, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, może być dowolny podmiot występujący w obrocie gospodarczym, nie zaś tylko jednostka sektora finansów publicznych lub inny zamawiający, o którym mowa w ustawie jako o podmiocie zobowiązanym do jej stosowania. Jak wskazał skład orzekający w wyroku z dnia 28 września 2011 r., KIO 1949/11 „nie znajduje podstaw dopuszczenie w licznych punktach specyfikacji możliwości wykazania usług zrealizowanych wyłącznie na rzecz jednostek sektora finansów publicznych - odmowa wykazywania doświadczenia w oparciu o umowy o przedmiocie adekwatnym do przedmiotu tego postępowania, które były zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych, niebędących jednostkami sektora finansów publicznych. Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu winno być wyłonienie wykonawcy posiadającego określone kompetencje nabyte w ramach swojej działalności zawodowej, nie zaś takiego wykonawcy, który niezbędnej wiedzy i doświadczenia nabył przez wykonywanie umów wyłącznie na rzecz pewnej grupy zamawiających”.

W odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie powodów nieuzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, Zamawiający wskazał, iż Wykonawcy biorący udział w postępowaniu są zobowiązani do złożenia wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej niezależnie od tego, jaki jest krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu. Inne oferty złożone w postępowaniu nie mają wpływu na obligatoryjny (wynikający zarówno z ustawy Pzp, ogłoszenia o zamówieniu jak i ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymóg złożenia wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt 5

ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Zatem Wykonawca bezpodstawnie uważał, iż jego ten obowiązek nie dotyczy i w ocenie Zamawiającego świadomie nie podporządkował się wezwaniu Zamawiającego. Wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że niezłożenie dokumentu nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie powodów niezpełnienia pisemnego, złożonego w formie oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Firmy Brainbox S.A. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia lub innego dokumentu, z którego jednoznacznie wynikałoby uprawnienie do dysponowania tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia - w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy nie są przekonujące i w żaden sposób nie udowadniają, iż niezpełnienie dokumentów nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie. Zamawiający nie uważa, aby termin od dnia 26.11.2015 r. do dnia 04.12.2015 r. na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień (tj. 7 dni) był terminem „bardzo krótkim”, co podnosi w wyjaśnieniach Wykonawca. Wykonawca nie wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca w wyjaśnieniach potwierdził, iż nie dochował należytej staranności w trakcie uzupełniania dokumentów, ponieważ powinien mieć świadomość, iż do Zamawiającego może dotrzeć przesyłka, która nie zawiera oryginała zobowiązania i tym samym dokumenty nie zostaną prawidłowo uzupełnione. Poza tym, gdyby Wykonawca osobiście nie wycofał drugiej przesyłki bez sprawdzenia jej zawartości, to być może dokument zostałby uzupełniony prawidłowo. Wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności ani dowodów, które wskazywałyby, że niezłożenie dokumentu nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie. Niezpełnienie dokumentów przez Wykonawcę spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, a przyczyny niezpełnienia dokumentów leżą po stronie Wykonawcy i w związku z powyższym należało zatrzymać wadium wniesione przez Wykonawcę w ww. postępowaniu. W takich bowiem przypadkach wykonawca podlega wykluczeniu, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej „p.z.p.”), zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W porównaniu ze stanem prawnym sprzed ostatniej nowelizacji zamawiający utracił możliwość zatrzymania wadium w każdej niemal sytuacji nieuzupełnienia dokumentów, w której wykonawca nie był w stanie wykazać braku swej winy. Genezą przepisu art. 46 ust. 4a ustawy była chęć zapobieżenia znowom przetargowym polegającym na „ustępowaniu” w toku postępowania miejsca przez wykonawców tańszych wykonawcom droższym. Wykonawca tańszy wezwany do uzupełnienia dokumentów nie czyni za dość obowiązkowi ich uzupełnienia i w konsekwencji zostaje wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W efekcie takiego działania Zamawiający zmuszony jest do zawarcia umowy z wykonawcą droższym. Celem wprowadzenia art. 46 ust. 4a ustawy było zatem utrudnienie tego rodzaju działania i wprowadzenie sankcji finansowej w postaci utraty wadium, która to sankcja winna ograniczyć atrakcyjność takich działań wykonawców.

„W obecnym stanie prawnym zatrzymanie wadium możliwe jest jedynie, gdy: a) Do wykonawcy zostało wystosowane wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. a Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił ze swojej winy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pełnomocnictw, oświadczeń dotyczących przynależności do grupy kapitałowej, lub b) Zamawiający dokonał poprawy innej niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a wykonawca nie wyraził na to zgody; c) Działanie wykonawcy z lit. a lub b uniemożliwiło wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W przypadku nieuzupełnienia dokumentów nadal konieczne jest, aby spowodowane było to zawinionym działaniem wykonawcy (Wyrok SA w Warszawie z dnia 28 lutego 2014 r. I ACa 1042/2013). Istotną zmianą jest jednak zniesienie domniemania winy wykonawcy, a dowód w tym zakresie w pełni obciąża zamawiającego. Nowelizacja nie zniósła podnoszonych wcześniej w orzecznictwie wątpliwości czy zatrzymanie wadium może mieć miejsce wyłącznie w braku fizycznego wpływu jakichkolwiek dokumentów czy też także w przypadku nienależytego uzupełnienia. Ostatnie orzecznictwo SN zmierzało w kierunku pierwszej z proponowanych wykładni (zob. Wyrok SN z dnia 10 maja 2013 r. I CSK 422/2012). W wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., I ACa 275/14, Sąd Apelacyjny w Białymstoku stwierdził, że w przypadku art. 46 ust. 4a ustawy należy zwrócić uwagę na „potrzebę stosowania reguł wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu in casu podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności,

celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (zob. wyroki SN: z 7 listopada 2013 r., V CSK 531/12, z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, LEX 1331255, z 4 marca 2013 r., I CSK 444/12). W uzasadnieniu ww. wyroku z 7 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a ustawy. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 11 marca 2014 r., I ACa 789/13, w którym stwierdził, że „(...) art. 46 ust. 3 p.z.p. opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny nie wykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. (...). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r. (II 675/10, LEX nr 951295) dobitnie wskazał, że wykładania art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. powinna być zawężająca, zaś zatrzymanie wadium na jego podstawie uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający stwierdzi, że wykonawca nie przedłożył listy podmiotów należącej do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt. 5 ustawy, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Jednocześnie stwierdził, że Wykonawca złożył oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 11.12.2015r., że Arkus Romet Group sp. z o.o. oraz Roment Rental Systems sp. z o.o., nie należy do grupy kapitałowej o której mowa w art 24 ust.2 pkt.5 ustawy, ponieważ nie złożył odrębnej oferty, lub wniosku o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu.

W związku z tym, oświadczenie to, zaprzecza twierdzeniu, zamawiającego o niezłożeniu oświadczenia o przynależności do tej samej Grupy kapitałowej. Skoro wykonawca złożył do oferty odpisy z KRS, spółek wchodzących w skład konsorcjum, w związku z tym nie można im przypisać cechy umyślności, czy złej woli. Bowiem, wykonawca przedstawił swoją interpretację tego przepisu z czego jednoznacznie wynika, że nie zmierzał do ominięcia przepisów ustawy, ani naruszenia innych regulacji prawnych. W wyroku II CSK 448/12 Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Omawiany przepis stanowi, że zatrzymanie wadium następuje, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył dokumentów lub oświadczeń. Zgodne jest stanowisko orzecznictwa, że chodzi o brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast przepis nie znajduje zastosowania, jeżeli zostanie złożony

dokument lub oświadczenie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przyjąć należy, że sytuacja ta nie jest tożsama z sytuacją, w której wykonawca w ogóle nie reaguje na wezwanie i jest całkowicie bierny pozostawiając wezwanie bez żadnej odpowiedzi. Zamawiający, błędnie wskazał, że oświadczenie wykonawcy w przedmiocie złożenia oświadczenia do przynależności do grupy kapitałowej stanowi przesłankę do zatrzymania wadium. Artykuł 46 ust. 3 ustawy opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny nie wykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, niepubl., przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W wyroku I CSK 422/12 Sąd Najwyższy również uznał, że przepis art. 46 ust. 4a „(...) z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na niezuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z nie wywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego”.

Decyzja o zatrzymaniu wadium powinna być podjęta dopiero po wnikliwej analizie, czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz wpływu niezłożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może bowiem być doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawcy w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez zamawiającego wymogu. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, akceptowanym również przez sądy powszechne (zob. wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., I ACa 357/10), wadium podlega zatrzymaniu na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy tylko w wypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Do zagadnienia zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy odniósł się również Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r., V ACa 261/13, LEX nr 1363243, w którym zwrócił uwagę, że sposoby wykładni tego przepisu „zaprezentował Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 maja 2012 r. w sprawie (...) [P 47/11 - przyp. aut.] powołując przy tym liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej (...)) Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych. Trybunał wskazał, że w orzecznictwie (...) dominuje pogląd, że art. 46 ust. 4a p.z.p. ma charakter restrykcyjny i wyjątkowy ze względu na zawartą w nim dolegliwą sankcję finansową dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym. (...). Wskazał jednocześnie, że z punktu widzenia potrzeby ochrony konstytucyjnych praw, i wolności, w szczególności - wolności działalności gospodarczej - dokonując wykładni art. 46 ust. 4a p.z.p. - nie można tracić z pola widzenia celu tego przepisu polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Niedopuszczalna jest też taka interpretacja, która z instytucji zatrzymania wadium czyniłaby źródło dodatkowych dochodów zamawiających. Wreszcie Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że nawet w sytuacji, gdy spełnione są przesłanki zatrzymania wadium, zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego”.

Odwołujący wskazała, odnosząc się do kwestii spełnienia warunków **SIWZ**:

Oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zasady powinna zatem ulegać odrzuceniu. Niemniej jednak, w celu oceny czy oferta wykonawcy odpowiada treści SIWZ, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a wówczas wykonawca może być zobowiązany do przedstawienia dokumentu, z którego będzie wynikać, że oferowane przez niego urządzenia spełniają warunki SIWZ. W myśl postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w

dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zdaniem UZP z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia też - w świetle art.46 ust.4a ustawy - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Innymi słowy, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art.46 ust.4a ustawy PZP nie dotyczy tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu (np. podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu, nie legitymowali się określonym obrotem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego. Przepis art.46 ust.4a ustawy PZP nie znajduje więc zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.22 ust.1 lub w zw. z art.24 ust.1 ustawy. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 października 2010 r., o sygnaturze KIO/UZP 2190/10 „W przepisie art. 46 ust. 4a p.z.p. chodzi o brak "fizyczny" dokumentu lub oświadczenia, a zatem znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie przedłożył go zamawiającemu (...) Dyspozycja przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. nie zostaje wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., o sygnaturze I ACa 357/10 „Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a p.z.p. mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). (...) Sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., o sygnaturze KIO/UZP 2805/10; KIO/UZP 2810/10 „Nie sposób w oderwaniu od stanu faktycznego i specyficznych okoliczności konkretnej sprawy, doktrynalnie przesądzić o

sposobie zastosowania art 46 ust. 4a p.z.p. oraz generalnie określić sposób czy zakres stosownych uzupełnień (ich wad), które warunkują zatrzymanie wadium wniesionego przez wezwanego wykonawcę (...) Należy w szczególności unikać popadania w obustronne skrajności przekreślające sens i cel przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. - np. z jednej strony przyjmowanie, iż formalnie przeprowadzone, uzupełnienie jakichkolwiek dokumentów przesądza o niemożliwości zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu (a contrario: tylko "fizyczny" brak uzupełnienia uprawnia do zatrzymania wadium), a z drugiej strony przyjęcie stanowiska, że tylko w pełni odpowiadające, w tym również materialnym, wymaganiom zamawiającego w przedmiocie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, uzupełnienie dokumentów zapobiega zatrzymaniu wadium”.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 maja 2012 r., o sygnaturze KIO 993/12; KIO 999/12 „Jedynym aspektem zmowy cenowej, której może dotyczyć art. 46 ust. 4a p.z.p. jest celowe nieuzupełnianie dokumentów przez wykonawcę z niższą ceną, tak by wygrał będący z nim w zmwie wykonawca oferujący wyższą cenę”. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 czerwca 2013 r., o sygnaturze V ACa 261/13, „Trybunał Konstytucyjny wskazał jednak, że w nowszym orzecznictwie (...) zarysowuje się inne stanowisko, uznające zatrzymanie wadium za uzasadnione również w sytuacji złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów nieprawidłowych. Według tego poglądu ograniczenie stosowania art. 46 ust. 4a p.z.p. wyłącznie do sytuacji fizycznego niezłożenia dokumentów byłoby niezgodne z intencjami ustawodawcy i regułami wykładni celowościowej, gdyż nie zapobiegłoby możliwości niedozwolonych porozumień przetargowych pomiędzy wykonawcami. Jednak także w zgodzie z postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2012 r., o sygnaturze P 47/11 „Trybunał zwraca na marginesie uwagę, że zgodnie z art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c. i to wprost, a nie odpowiednio (por. M. Stachowiak, uwaga 2 do art. 14 p.z.p., op.cit.; A. Rudowald, Zamówienia publiczne jako sprawy cywilne, Zamówienia Publiczne Doradca, nr 11/2007, s. 61). Odesłanie to obejmuje wszystkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców, w tym dotyczące wniesienia oraz zwrotu wadium (por. S. Babiarz, uwaga 5 i 6 do art. 14 p.z.p., op.cit.; por. też wyrok SN z 22 kwietnia 2010 r.5 sygn. akt V CSK 321/09, Lex nr 688054). Nawet jeśli są spełnione przesłanki zatrzymania wadium, zachowanie wykonawcy i zamawiającego podlega kontroli także z punktu widzenia określonej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego. W rozpatrywanej sprawie ocenie tej powinno zostać poddane wykonanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium (tezę o dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. w postępowaniu przetargowym sformułowała KIO w wyroku z 9 maja 2008 r., KIO/UZP 381/08, Lex nr 428485, bez szerszej analizy).

B. Sygn. akt KIO 2830/15

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Romet Rental Systems Sp. z o.o. ul. Handlowa 3 35-103 Rzeszów oraz ARKUS & ROMET GROUP Sp. z o.o. Podgródzie 32c 39-200 Dębica (dalej: „Konsorcjum Romet”) i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z innych jeszcze przyczyn, niż wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia tego wykonawcy

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romet jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy przez uznanie, że błąd w formularzu cenowym do oferty Konsorcjum Romet kwalifikuje się do poprawienia na podstawie tego przepisu;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Romet z Postępowania z innych jeszcze przyczyn niż wskazane w uzasadnieniu wykluczenia tego wykonawcy, pomimo niewykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez tego wykonawcę;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę są lakoniczne, ogólnikowe i nie zawierają kalkulacji ceny.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Romet i wykluczenia tego wykonawcy dodatkowo na podstawie okoliczności przytoczonych w niniejszym odwołaniu.

W zakresie posiadanego interesu w uzyskaniu zamówienia Odwołujący wskazał:

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę na skutek braku uzyskania przedmiotowego zamówienia i możliwości jego realizacji. Wskazać należy, że w Postępowaniu, złożone zostały trzy oferty, tj. oferta Odwołującego, uznana za najkorzystniejszą, oferta Konsorcjum Romet i oferta

Konsorcjum BikeU. Oferta Odwołującego, na skutek rozpoznania ewentualnego odwołania wniesionego przez Konsorcjum Romet i jego ewentualnego uwzględnienia, może stracić status oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie Odwołujący może stracić możliwość zaskarżenia ewentualnego wyboru oferty Konsorcjum Romet jako oferty najkorzystniejszej. W powyższych okolicznościach, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romet i wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania na wszystkich zachodzących podstawach, prowadzi bezsprzecznie do naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji powoduje możliwość powstania szkody po stronie Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romet jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SWIZ) oraz jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W formularzu cenowym do oferty należało wskazać cenę za uruchomienie ŁRP dostarczenie rowerów oraz wykonanie montażu urządzeń stacji rowerowych ŁRP (poz. 1) oraz miesięczne wynagrodzenie za eksploatację oraz zarządzanie ŁRP (poz. 2). Konsorcjum Romet w sposób wadliwy podało cenę za pozycję 2. Zgodnie z opisem kolumny 9 „cena ryczałtowa brutto [PLN] {3x7}” Zamawiający wskazał w jaki sposób należy obliczyć wartość wynagrodzenia wykonawcy za tę część zamówienia. Konsorcjum Romet wyliczyło tę wartość nieprawidłowo, bowiem zamiast wartości brutto - przyjęło wartość netto za jeden miesiąc świadczenia usługi. W doktrynie oraz orzecznictwie przyjmuje się, iż oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia tej specyfikacji. Odmienność oferty powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji może dotyczyć aspektów formalnych i materialnych, ale nie w zakresie sposobu spełnienia obydwu aspektów. Innymi słowy, jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał zamawiający, przy podejmowaniu decyzji istotne powinno być to, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma oferty stanowi odzwierciedlenie życzeń zamawiającego. Należy dodać, iż niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia „oferty” zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami w zamawiającego. KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 127/12 stwierdziła, iż *treść oferty może być rozumiana dwojako - jako przedmiot i sposób wykonania umowy oraz jako to, co znajduje się w oświadczeniu ("co napisano")*. Zamawiający, wadliwie dokonał poprawienia tego błędu, jako oczywistej omyłki rachunkowej.

Błąd ten można było poprawić w dwojaki sposób - poprzez poprawienie ceny ryczałtowej brutto za eksploatację oraz zarządzanie ŁRP (tj. za 34 miesiące świadczenia usługi) lub poprzez poprawienie ceny jednostkowej netto (tzn. za jeden miesiąc). Oczywiście omyłki nie powinna budzić żadnej wątpliwości. Omyłka możliwa do poprawienia to taka omyłka, która daje się ustalić jednoznacznie bez możliwości opcji. Opcjonalność poprawienia omyłki wyłącza jej oczywistość (wyrok KIO 1309/12 z dnia 5 lipca 2012 roku). Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że należy poprawić cenę ryczałtową za 34 miesiące świadczenia usługi. Równie dobrze można było przyjąć, że cena ta jest prawidłowa, a poprawieniu powinna ulec cena jednostkowa. W świetle powyższego sytuację tę należy uznać za sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Romet z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia - wadliwe zobowiązanie do udostępnienia potencjału.

Na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Romet załączyło do oferty wykaz głównych usług zawierający jedną pozycję dotyczącą systemu rowerów publicznych Miasta Saloniki. Zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum Romet poz. 1 wykazu jest doświadczeniem innych podmiotów, których zasoby zostaną oddane do dyspozycji tego Wykonawcy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego - BRAINBOX S.A. Zamawiający wezwał do uzupełnienia tego dokumentu, jako obarczonego szeregiem wad, w tym złożonego w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, zamiast w formie pisemnej. Konsorcjum Romet uzupełniło ten dokument po terminie. Nadal jednak treść tego dokumentu budzi wątpliwości i nie wykazuje realnego dysponowania tym potencjałem. W treści dokumentu wskazuje się na oddanie zasobów do dyspozycji „Operatorowi Gospodarczemu”, choć podmiot ten nigdzie nie został zdefiniowany. Dodatkowo wskazuje się, że *„udział Brainbox S.A. w wykonaniu umów zawartych przez Romet Rental Systems sp. z o.o. obejmuje[...].”* Nie jest zatem jasne, czy chodzi o udział w wykonaniu umowy, która ewentualnie została by zawarta w tym Postępowaniu, czy też charakteryzuje się ogólnie współpracę pomiędzy obydwoma podmiotami, zwłaszcza, że analizowany dokument został nazwany oświadczeniem, a nie zobowiązaniem do udostępnienia potencjału. Natomiast w tym miejscu oświadczenia, gdzie wprost wskazuje się na przekazanie zasobów zgodnie z postanowieniami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - przekazuje się je Operatorowi Gospodarczemu, jak już wskazano - nigdzie nie zdefiniowanemu. W każdym zaś innym miejscu oświadczenia wskazuje się na nazwę Romet Rental Systems sp. z o.o., jednakże z tych fragmentów oświadczenia nic konkretnego nie wynika. Ponadto,

oświadczenie odnosi się tylko Romet Rental Systems sp. z o.o., a nie do wszystkich członków Konsorcjum Romet, co dodatkowo wskazuje na brak realności udostępnienia zasobów.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Romet z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia - brak co najmniej 300 rowerów.

Konsorcjum Romet w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem pożyczonym od podmiotu trzeciego, firmy Brainbox S.A. Zgodnie z informacjami, które odwołujący się znalazł na oficjalnych stronach internetowych, system rowerowy wykonany w ramach zamówienia wykazanego w wykazie usług nie posiada co najmniej 300 rowerów, lecz zawiera 200 rowerów. Wykonawca ten nie spełnia zatem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Romet, jako zawierającej rażąco niską cenę
Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zatem dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień zadanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielna przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: *nie złożył wyjaśnień*). Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty jest rażąco niska (część alternatywy: *lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*). Analiza wyjaśnień Konsorcjum Romet wskazuje jednoznacznie, że wyjaśnienia te charakteryzują się ogólnością i lakonicznością. Konsorcjum Romet nie przedstawiło żadnej kalkulacji. Nie wiadomo w ogóle, jakie są składowe ceny oferty, a w związku z tym nie wiadomo, czy wykonawca ten uwzględnił wszystkie koszty. **Podstawą odrzucenia oferty jest w tym przypadku nie złożenie w ogóle wyjaśnień, przez co rozumie się zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, także złożenie wyjaśnień ogólnych i lakonicznych.** W wyjaśnieniach nie podano wartości poszczególnych kosztów składających się na ofertę. Wskazuje się jedynie na oszczędności względem konkurencji. Konsorcjum Romet nie wie jakie koszty ma konkurencja w poszczególnych obszarach i odwoływanie się do kosztów konkurencji jest pozbawione sensu. Wykonawca składający wyjaśnienia powinien wykazać, że on jest zdolny do

wykonania zamówienia za określoną kwotę i powinien pokazać sposób w jaki tę kwotę uzyskał. Ponadto samo Konsorcjum Romet nie jest przekonane co do rzekomych oszczędności - każda z pozycji wyjaśnień kwitowana jest sformułowaniem „powinniśmy osiągnąć oszczędność na poziomie [...]”. Tymczasem wykonawca powinien udowodnić, że realizacja zamówienia za kwotę x jest możliwa. Podobnie na str. 5 wyjaśnień „Wydaje się, że przeznaczenie kwoty pomiędzy 2 a 4 mln w ciągu 4 lat nie będzie stanowiło problemów”. Wykonawca powinien wykazać, że kwoty, które planuje pozyskać są realne. W tym przypadku wykonawca przedstawił swoje założenia, ale jednocześnie sam podkreślił ich niepewny charakter. Finalnie na ostatniej stronie wyjaśnień Konsorcjum Romet wskazało, że „[...] kierunek wypożyczalni miejskich będzie konsekwentnie przez firmę rozwijany i doinwestowywany [...]”. Nie ulega wątpliwości, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy. W żaden sposób nie wykazano, w jaki sposób czynniki, na które powołuje się Konsorcjum Romet miały wpływ na obniżenie ceny. Co więcej, Wykonawca przedstawiając podstawy dla możliwych do zastosowania oszczędności powołał się na okoliczności, które nie są charakterystyczne tylko dla niego, a co za tym idzie w dokonywanej wycenie uwzględniane mogły być również przez inne podmioty działające na rynku, co w konsekwencji oznacza brak waloru dowodowego takich twierdzeń w procedurze wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Przykładowo, wykazując oszczędności na poziomie zaplecza serwisowego, Wykonawca powołał się na okoliczność tego, że system centralny będzie wybierał grupę serwisową na potrzeby projektu, co nie dość, że nie jest żadną innowacyjnością na rynku, dostępną tylko dla Wykonawcy, to dodatkowo powoduje brak elastyczności w działaniu podczas realizacji zamówienia. Przy wykazywaniu oszczędności na poziomie systemu, Wykonawca z kolei argumentował, że posiada innowacyjne elementy systemu, co ponownie nie może stanowić okoliczności uzasadniającej zaoferowaną cenę, gdyż wszystkie wymienione systemy są już wdrożone przez konkurencję. Co więcej, wskazany element jest wręcz elementem świadczącym na niekorzyść wyceny dokonanej przez Wykonawcę, gdyż z treści wyjaśnień wynika, że Konsorcjum Romet wdrożyło wymienione systemy na potrzeby przedmiotowego postępowania, co generowało dodatkowe koszty po jego stronie, które nie obciążały Wykonawców, u których systemy te były już uprzednio wdrożone.

Ponadto nigdzie nie wskazano stawki wynagrodzeń za pracę - w ogóle pominięto je w wycenie. Nie uwzględniono zatem wymagania z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wymagania, że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Konsorcjum Romet w wyjaśnieniach nie uwzględniło w ogóle w szczególności następujących czynników cenotwórczych: opracowanie i dostarczenie projektów rowerów, stacji rowerowych wraz z

terminalami oraz strony internetowej i aplikacji na urządzenia mobilne, opracowanie i dostarczenie projektów dokumentów, określających prawa i obowiązki klientów ŁRP, wykonanie rozruchu testowego, przeszkolenie wskazanych pracowników Zamawiającego, koszty serwisu rowerów, koszty kompletnych stacji wraz z elektroniką, elektrozamkami, panelami komputerowymi, okablowaniem, wdrożenie i uruchomienie systemu, przygotowanie terenu pod stacje, transport, przeprowadzenie szkolenia dla pracowników wskazanych przez Zamawiającego, koszty systemu informatycznego i jego obsługi, koszt miesięczny obsługi systemu ŁPR w zakresie relokacji rowerów systemu pomiędzy poszczególnymi stacjami, koszty osobowe przy serwisie, koszty osobowe przy alokacji, koszty wynajęcia warsztatu, odtworzenie sprzętu, koszty zakupu samochodów, koszty utrzymania samochodów - paliwo, przeglądy i OC, koszt magazynu zimowego, koszt miesięczny obsługi systemu ŁPR w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem systemu informatycznego ŁPR, koszty informatyka i przesyłu danych, koszt miesięczny obsługi systemu ŁPR w zakresie czynności związanych z poprawnym funkcjonowaniem Punktu Obsługi Klienta oraz Centrum Kontakt, koszty osobowe Centrum Kontakt, koszty osobowe Punktu Obsługi Klienta, koszty pomieszczeń na Punktu Obsługi Klienta, koszty szkoleń pracowników, koszty rozliczeń z użytkownikami, koszty transakcji bankowych i dokonywanych kartą kredytową, koszty finansowe związane z finansowaniem projektu, koszty zniszczeń, uszkodzeń, dewastacji i kradzieży sprzętu.

Co do załączonych dowodów, należy zauważyć, że kopie oferty na dostawę rowerów i na dostawę stacji nie są do nikogo zaadresowane. Ponadto nie wiadomo jaka była treść zapytania i jaką specyfikację przesłano w dniu 06.09. 2015r. Nie wiadomo także jaki był termin związania tymi „ofertami” i czy zostały one ewentualnie przyjęte. Co do listu intencyjnego zaś, wyraża on tylko intencje, nie zobowiązuje do jakiegokolwiek świadczenia żadnej ze stron i nie wskazuje jakichkolwiek kwot. Tym samym przychody z reklam pozostają w żaden sposób nieudowodnione. Przede wszystkim, jak się wydaje, przywołane oferty i list intencyjny są kierowane pomiędzy członkami Konsorcjum Romet. Nie są to zatem oferty od podmiotów zewnętrznych, ale oferty samego wykonawcy. Wobec powyższego, jeśli Konsorcjum Romet de facto samo wyprodukuje rowery, to powinno wykazać wysokość kosztu produkcji roweru i stacji rowerowych. Złożone „oferty” są oświadczeniami własnymi Konsorcjum Romet i nie mają wartości dowodowej.

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

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 2825/15 i KIO 2830/15:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2825/15 wykonawcę Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2830/15 wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej emailem w dniu 31 grudnia 2015 roku. Zgodnie z art. 185 ust 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 j.t.) *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* czytamy w § 5, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnoszone drogą elektroniczną opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (podpis kwalifikowany) przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu nie wnieśli zgłoszenia przystąpienia w wymaganej przepisami formie, tym samym nie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15) – dokumenty: poświadczony tłumaczenie z języka greckiego dokumentów z Generalnego Rejestru Handlowego dla OTO Parking, reprezentacja Brianbox, a także tłumaczenie dokumentu z Handlowego i Przemysłowego Urzędu Kontroli „Ogólne zaświadczenie”.

Izba dopuściła dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2830/15) – wydruk ze strony internetowej OTO Parking w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski.

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 2825/15 pismo z dnia 17 stycznia 2016 roku *Odpowiedź na odwołania* - wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z 17 stycznia 2016 roku Zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 2830/15 wniósł *Odpowiedź na odwołanie* - wniósł o oddalenie odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody, uznała, że żadne z odwołań nie podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 2825/15

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie zarzutu niezgodne z prawem wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu (sygn. akt KIO 2825/15) na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* oraz 24 b ust 3 ustawy – *Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę,*

który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d przez uznanie oferty za odrzuconą ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej – Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 26 listopada 2015 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów: pisemnego (złożonego w formie oryginału) zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie odpowiadającym wymaganiu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz złożenie dokumentu potwierdzającego, że usługa wskazana w Wykazie głównych usług została wykonana lub jest wykonywana należycie, jak również uzupełnienie oferty o listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Zamawiający tym samym pismem wezwał również Odwołującego do złożenia wyjaśnień, kto jest odbiorcą usługi wskazanej w wykazie głównych dostaw, jaka jest prawidłowa nazwa systemu wskazanego w wykazie głównych dostaw, czy usługa tam wskazana obejmowała swoim zakresem co najmniej 300 rowerów i zarządzanie systemem roweru publicznego przez okres nie mniej niż 12 miesięcy oraz czy firmy Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu należą do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

W odpowiedzi, Odwołujący za pismem z 30 listopada 2015 roku (doręczonym Zamawiającemu w dniu 4 grudnia 2015 roku), przesłał kopię zobowiązania podmiotu trzeciego oraz nie przesłał listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, załączył również kopię referencji dla Brainbox S.A. Wykonawca wyjaśnił w piśmie umocowanie Pani M. M. do reprezentacji Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jak również do reprezentacji Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu. Wykonawca wyjaśnił również rozbieżności w nazewnictwie, podając, że nazwa systemu w wykazie głównych usług to: Thessbike oraz, że nazwa podmiotu to Brainbox S.A.

Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2015 roku wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jakie były przyczyny, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 listopada 2015 roku nie uzupełnił: listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej oraz pisemnego (złożonego w formie oryginału) zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Firmy Brainbox do oddania do dyspozycji

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia lub innego dokumentu, z którego jednoznacznie wynikałoby uprawnienie do dysponowania tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący za pismem z 14 grudnia 2015 roku doręczonym Zamawiającemu 15 grudnia 2015 roku przesłał oryginał oświadczenia podmiotu trzeciego Firmy Brainbox oraz oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej jak również w piśmie wskazał przyczyny niedoręczenia oryginału oświadczenia podmiotu trzeciego Firmy Brainbox.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego było prawidłowe. Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami (art 26 ust. 3 ustawy) wezwał wykonawcę do uzupełniania dokumentów (26 listopad 2015 roku), których w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie uzupełnił.

Poza wszelką wątpliwością pozostaje fakt nieuzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego Firmy Brainbox w formie oryginału, do którego wzywał Zamawiający. Dokument, który został załączony przez Odwołującego do wyjaśnień z 30 listopada 2015 roku nie został złożony w prawidłowej formie – złożono potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę kopię dokumentu stanowiącego tłumaczenie z języka angielskiego na język polski co Odwołujący przyznał również w treści odwołania. Zgodnie z obowiązującymi przepisami oświadczenie podmiotu trzeciego powinno być złożone w formie pisemnej (art. 26 ust. 2 b ustawy), co oznacza, że powinno być podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji podmiotu składającego takie zobowiązanie. Nie znajduje zastosowania do tego dokumentu – oświadczenia podmiotu trzeciego - reguła potwierdzania „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę, osobę działającą w imieniu wykonawcy, kopi oświadczenia, ponieważ do oświadczenia podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy) nie stosuje się zasady określonej w rozporządzeniu z 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* (podobnie: wyrok KIO z 6 maja 2015 roku sygn. akt KIO 812/15; wyrok z dnia 14 maja 2015 roku sygn. akt KIO 865/15). Reguła potwierdzania za zgodność dokumentów określona w ww. rozporządzeniu dotyczy dokumentów w tym rozporządzeniu wymienionych i nie zostały tam ujęte pisemne zobowiązania podmiotów udostępniających wykonawcom swoje zasoby. Wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby określony w art. 26 ust. 2 b ustawy. Zgodnie z wymaganiami art. 26 ust. 2 ustawy wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, tym samym złożenie dokumentu w nieprawidłowej formie powoduje, że dokument nie wywołuje skutków prawnych co powoduje, że wykonawca, mimo że powołuje się w tym postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego na zasoby podmiotu trzeciego nie udowodnił, że będzie tymi zasobami dysponował, co w efekcie prowadzi do wniosku, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponowne przesłanie kopii dokumentu podpisanego za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia nie spełnia wymagań pisemności ww. dokumentu podmiotu trzeciego w świetle obowiązujących przepisów. Odwołujący nie uzupełnił zobowiązania podmiotu trzeciego w określonym terminie do dnia 4 grudnia 2015 roku (dokument przesłał dopiero 15 grudnia 2015 roku w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2015 roku), tym samym działanie Zamawiającego było prawidłowe. Zaznaczyć również należy, że wyjaśnienia Odwołującego potwierdzają w sposób bezsprzeczny fakt nieuzupełnienia dokumentu w prawidłowej formie, bowiem sam Odwołujący przyznał, że wycofał jedną z nadanych do Zamawiającego przesyłek – czego nawet nie starał się w trakcie rozprawy wykazać – która to przesyłka miała zawierać oryginał dokumentu. Zamawiający zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą jednokrotnie wzywają do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaznaczyć przy tym należy, że Odwołujący nie kwestionował ani wezwania Zamawiającego z dnia 26 listopada 2015 roku, ani terminu na uzupełnienie dokumentów jaki określił Zamawiający, jak również nie wnosił o zmianę tego terminu (wydłużenie). Zgodzić należy się z Zamawiającym, że wyjaśnienia Odwołującego są ze sobą wewnątrznie sprzeczne, bowiem skoro twierdzi Odwołujący, że wycofał przesyłkę kurierską nadaną do Zamawiającego z oryginałami dokumentów to kwestionowanie, i tak spóźnione, terminu na uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego jest co najmniej nielogiczne w obliczu wycofania przesyłki. Uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego w terminie 15 grudnia 2015 roku należy uznać za spóźnione i nie wywołujące skutków dla tego postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie załączonej do pisma Odwołującego z dnia 30 listopada 2015 roku kopii referencji wystawionej dla Brainbox S.A. przez OTO Parking S.A., która, jak wskazywał Zamawiający została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika działającego w imieniu Odwołującego, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w treści odwołania Odwołujący nie kwestionuje, że te referencje zostały złożone w takiej właśnie formie. Odwołujący zaznaczył również, że przepisy wykonawcze zawierają upoważnienie szczególne w stosunku do Kodeksu cywilnego dla wykonawcy do uwierzytelniania dokumentów w postępowaniu. Izba zaznacza, że w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił argumentacji w uzasadnieniu odwołania i nie może być uznane z taką argumentacją wyrywkowe odniesienie się do treści pisma, które zostało przesłane do Zamawiającego, jednocześnie, co należy podkreślić Zamawiający w swoim stanowisku pisemnym zaznaczył, że nie otrzymał od

Odwołującego pism z 3 i 6 grudnia 2015 roku, czego Odwołujący w trakcie rozprawy nie zakwestionował.

Działanie Zamawiającego było prawidłowe, zgodnie bowiem z rozporządzeniem z 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* § 7 ust. 2 kopie dokumentów dotyczące odpowiednio wykonawcy lub podmiotów na zasoby których wykonawca się powołuje poświadczane są za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Tym samym referencje pochodzące od OTO Parking S.A. mogły zostać złożone w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jednakże podpisanej przez podmiot, na rzecz którego został on wystawiony czyli Brainbox S.A, bowiem poświadczenie dokumentu przez wykonawcę czy też podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu (porównaj: wyrok z 11 czerwca 2013 roku sygn. akt KIO 1253/13). Izba uznała działanie Zamawiającego za prawidłowe.

Zaznaczyć należy również, że w treści pisma z dnia 30 listopada 2015 roku Odwołujący nie wyjaśnił, na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2015 roku czy usługa wskazana w wykazie głównych usług obejmowała swoim zakresem co najmniej 300 rowerów i zarządzanie systemem roweru publicznego przez okres nie mniej niż 12 miesięcy. Dowód zawnioskowany przez uczestnik postępowania odwoławczego na rozprawie - wydruk ze strony internetowej OTO Parking w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski – z uwagi na uznanie przez Izbę za zasadne i prawidłowe działanie Zamawiającego w zakresie oceny złożone dokumentu stają się bezprzedmiotowy, bowiem brak złożenia dokumentu w prawidłowej formie skutkuje, tak jak w tym przypadku, stwierdzeniem braku złożonego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że złożenie przez Odwołującego na rozprawie tłumaczenia bez oryginalnych treści dokumentów informacje z Generalnego Rejestru Handlowego oraz Handlowego i Przemysłowego Urzędu Kontroli potwierdza jedynie fakt tego, że istnieje możliwość pozyskania takich dokumentów i załączenia ich do oferty wraz z pozostałymi dokumentami, bądź wraz z dokumentami uzupełnianymi na wezwanie Zamawiającego. Składanie dokumentów w trakcie rozprawy jest spóźnionym działaniem, Zamawiający określił wykonawcy termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 4 grudnia 2015 roku.

Odnosnie, wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy, zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy obowiązkiem wykonawcy jest złożyć wraz z ofertą listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Odwołujący w ofercie (str. 43-44 oferty) złożył dwa oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, zgodnie z tymi oświadczeniami Roment Rental System Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej, w której skład wchodzi Arkus & Romet Group Sp. z o.o. i Roment Rental System Sp. z o.o., natomiast zgodnie z kolejnym oświadczeniem Arkus & Romet Group Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej.

Zamawiający wezwał pismem z dnia 26 listopada 2015 roku Odwołującego do uzupełniania oferty o listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej zgodnie z formularzem nr 8, zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ. Zamawiający jednocześnie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy firmy Romet Rental Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz Arkus&Romet Sp. z o.o. z siedzibą w Podgrodziu należą do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy; termin złożenia dokumentu i wyjaśnień został wyznaczony do dnia 4 grudnia 2015 roku.

Odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień jak również do wezwania do uzupełnienia ww. listy podmiotów oraz nie kwestionował wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów.

Odwołujący w piśmie z 30 listopada 2015 roku stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 26 listopada 2015 roku nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, jak również nie złożył żadnych wyjaśnień, do których złożenia był wzywany przez Zamawiającego.

Odwołujący dopiero na wezwanie z dnia 11 grudnia 2015 roku o wyjaśnienie przyczyn niezłożenia ww. dokumentów załączył do pisma z dnia 14 grudnia 2015 roku dokument sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ oraz wyjaśnienia, że Arkus&Romet Sp. z o.o. nie należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, ponieważ nie złożył odrębnej oferty w tym samym postępowaniu.

W odwołaniu (str. 5) zostało przyznane przez Odwołującego: że dopiero w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 grudnia 2015 roku dokonał wyjaśnień (pismem z dnia 14 grudnia 2015 roku) oraz załączył do nich oświadczenie *dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, z treści którego wynika, iż Romet Rental Systems Sp. z o.o. i Arkus & Romet Group Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej, w rozumieniu Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz:U Nr 50 poz. 331 z późn zm.).* Jednocześnie wskazał Odwołujący: *Ocena tych oświadczeń należy do zamawiającego zwłaszcza w kontekście złożonych wraz z ofertą odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego spółek tworzących konsorcjum. Wykonawca nie ukrywał powiązań kapitałowych konsorcjantów składających wspólną ofertę jednak fakt ten nie może mieć wpływu na ocenę tej oferty bowiem pełnomocnik oferty w swoim oświadczeniu wskazał motywy swojego oświadczenie odnosząc*

się do wykładni celowościowej przepisu który określa obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w celu unikania zmowy cenowej pomiędzy podmiotami składającymi oferty na wykonania tego samego zamówienia.

Odnośnie powyższego Izba zaznacza, że obowiązek złożenia dokumentów o przynależności do grupy kapitałowej dotyczy również wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ustawodawca nałożył na wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej i nie jest w żaden sposób uprawniona argumentacja Odwołującego, nieznajdująca uzasadnienia w przepisach ustawy, że złożenia oświadczenia / listy podmiotów uzależnione jest od złożenia bądź niezłożenia oferty w tym samym postępowaniu przez inny podmiot z grupy kapitałowej. Niezłożenie dokumentów o przynależności do grupy kapitałowej stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy i następuje niezależnie od tego czy poza wykonawcą, który listy nie złożył oferty w postępowaniu złożyli także inni członkowie grupy kapitałowej (porównaj: wyrok z dnia 26 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 35/15).

Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy wykonawca składa wraz z ofertą listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, natomiast zgodnie z art. 24b ust. 3 ustawy Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2 d ustawy.

Działanie Zamawiającego było prawidłowe, w wyniku załączonych do oferty sprzecznych oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej, Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 wezwał do uzupełniania listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej; odwołujący w odpowiedzi na wezwanie pismem z 30 listopada 2015 roku nie złożył żadnych dokumentów oraz wyjaśnień – Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował podstawę wykluczenia wykonawcy art. 24b ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naduszenia art. 46 ust. 4a ustawy - Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Izba rozpoznała zarzuty dotyczące niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak również borku złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej i uznała te zarzuty za niezasadne stwierdzając, że działanie Zamawiającego było prawidłowe ponieważ na wezwanie wykonawca nie uzupełnił wymaganych dokumentów.

Niesporny pomiędzy stronami jest fakt, że brak uzupełnienia dokumentów spowodował niemożliwość wybrania oferty Odwołującego w postępowaniu.

Uwzględniając złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w treści pism składanych w postępowaniu jak również argumentację zawartą w odwołaniu, wskazać należy, że w przypadku zaniechania uzupełniania, w wyznaczonym terminie do dnia 4 grudnia 2015 roku, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w wymaganej prawidłowej formie Odwołujący przedstawiając argumentację odnośnie wycofania jednej z przesyłek kurierskich, która zawierała jak twierdził Odwołujący oryginały pism, wskazuje na zaistnienie przesłanki, że brak uzupełnienia dokumentu nastąpił z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W tym zakresie Odwołujący miał wpływ na to, czy przesyłka dotrze do Zamawiającego, bowiem jak twierdzi sam Odwołujący, wycofał jedną z przesyłek kurierskich, natomiast gdyby nie dokonał tej czynności to przesyłka ta dotarłaby do Zamawiającego. Niewłaściwe, błędne oznaczenie przesyłki przez Odwołującego, które jak twierdzi było podstawą wycofania przesyłki, również stanowi czynność, na którą miał wpływ Odwołujący i potwierdza dodatkowo, że przyczyna niedoręczenia Zamawiającemu dokumentów była po stronie Odwołującego, który nie wykazała się starannością w swoim działaniu.

Odnosnie nieuzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2015 roku wzywające do uzupełniania oferty o listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej zgodnie z formularzem nr 8, zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ w terminie do 4 grudnia 2015 roku należy podnieść, że Odwołujący dopiero za pismem z dnia 14 grudnia 2015 roku na wezwanie do złożenia wyjaśnień dlaczego nie uzupełnił ww. dokumentu uzupełnił dokument o przynależności do grupy kapitałowej. Odwołujący nie wyjaśnił jakie były przyczyny niezłożenia ww. dokumentu na wezwanie do jego uzupełnienia, nie wskazał mimo pytania Zamawiającego, jakie to przyczyny nieleżące po stronie Odwołującego uniemożliwiły mu złożenie ww. dokumentu. Zaznaczyć należy, że złożenie ww. dokumentu nie wymagała od Odwołującego pozyskania szczególnych dokumentów a wymagało jedynie wypełnienia i załączenia stosownego załącznika nr 8 do SWIZ, co przy uwzględnieniu faktu, że wykonawca przesłał skutecznie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie korespondencję (pismo z 30 listopada 2015 roku wraz z załącznikami) nie wskazuje na jakiegokolwiek przyczyny, które uniemożliwiły

wykonawcy złożenie dokumentów, a które nie leżały po jego stronie (na które wykonawca nie miał lub nie mógł mieć wpływu).

Zamawiający, zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy zobowiązany jest do zatrzymania wadium w przypadku, gdy zaistnieją przesłanki określone ww. przepisem. Zamawiający zidentyfikował przyczyny zatrzymania wadium zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy, co wskazał w piśmie z 18 grudnia 2015 roku jak również w piśmie Odpowiedź na odwołanie.

Sygn. akt KIO 2830/15

Na wstępie Izba wskazuje, iż rozpoznając na rozprawie odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez Odwołującego przesłanki materialno-prawnej wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy - *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.*

Izba wskazuje, że zgodnie z decyzją Zamawiającego przedstawionej w informacji o wyniku postępowaniu oferta wykonawcy Nextbike Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została wybrana jako najkorzystniejsza, niepodlegająca odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy. Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 czytamy: *Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić.*

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego

zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaze, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, *który wykaze interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia* (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi "danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 179 ust. 1 ustawy wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Art. 179 ust. 1 ustawy wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialno-prawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami Zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami Zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których Zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Interes, o którym mowa w

art. 179 ust. 1 ustawy, badany jest na moment wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do wykazywania przyczyn, które w ocenie Odwołującego stanowią dalsze, dodatkowe niewskazane przez Zamawiającego w podstawach faktycznych odrzucenia przyczyny odrzucenia oferty konkurencyjnej, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (porównaj: wyrok z dnia 16 września 2015 roku sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15). W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania oferta Odwołującego była uznana za najkorzystniejszą a Zamawiający dokonał jej wyboru.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....