

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2018 r. przez **VARIA TECH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Goleniowskie Wodociągi i Kanalizacja spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Goleniowie**,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego VARIA TECH spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia i ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Goleniowskie Wodociągi i Kanalizację spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Goleniowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od zamawiającego Goleniowskich Wodociągów i Kanalizacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Goleniowie, na rzecz odwołującego VARIA TECH spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, kwotę 4 522 zł 50 gr (cztery tysiące pięćset dwadzieścia dwa złote pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz tłumacza przysięgłego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Goleniowskie Wodociągi i Kanalizacja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Goleniowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt X: „Przebudowa kompostowni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Goleniowie” (znak postępowania GWIK/ZP/POIIŚ/08/2018R). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 marca 2018 r. pod numerem 526401-N-2018.

W dniu 18 lipca 2018 r. wykonawca VARIA TECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił w związku z powyższym naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na wykluczeniu Odwołującego, pomimo że nie wystąpiły przesłanki o których mowa w tym przepisie;
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na unieważnieniu Postępowania, pomimo że nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy,
a także (z ostrożności, w kontekście art 93 ust. 1 pkt 1 Pzp) pomimo faktu, że w Postępowaniu została złożona przynajmniej jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu;
z ostrożności:
3. art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez nieuzasadnioną odmowę uznania twierdzeń i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny) i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej jest „Jakość membrany” (J) z wagą 35%. Zgodnie pkt 23.2 ppkt 2 SIWZ w powyższym kryterium oceniane będą zaofertowane przez Wykonawcę przedziały parametrów membrany określone w tabelach nr 1 lub nr 2. Zgodnie natomiast z pkt. 13.4 ppkt 13 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający żąda próbki zaofertowanej przez Wykonawcę membrany, którą Zamawiający podda w toku badania i oceny ofert badaniu laboratoryjnemu, w celu potwierdzenia, że oferowana przez Wykonawcę membrana odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w OPZ, jak również zadeklarowanym przez niego parametrom. Próbkę miał przedstawić na wezwanie Zamawiającego tylko Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. Próbka membrany (2x2 m), która będzie elementem zaofertowanej technologii kompostowania odpadów, zostanie poddana badaniom laboratoryjnym w akredytowanym laboratorium, aby sprawdzić zaofertowany produkt pod kątem spełniania parametrów membrany podanych przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Z kolei w punkcie 13.5. SIWZ stoi, że w przypadku, gdy próbka nie będzie spełniała wymagań określonych przez Zamawiającego i parametrów zadeklarowanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona lub Wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że zaofertował membrany GORE i zadeklarował ich odporność na rozerwanie pow. 5600 N, czyli w III przedziale parametrów. Zarazem w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 maja 2018 r. Odwołujący przesłał próbkę membrany. Następnie Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 21 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zadeklarowanych wartości odporności membrany na rozerwanie wskazując, że wyniki badań próbki nie potwierdziły wyniku pow. 5600 N. W odpowiedzi na powyższe udzielonej pismem z dnia 25 czerwca 2018 r. Odwołujący wskazał, że zgodnie z posiadanymi wynikami badań laboratoryjnych zaofertowanej membrany posiadała ona wszystkie właściwości, o których zapewniał w swojej ofercie. Podniósł, że na wynik badań zleconych przez Zamawiającego prawdopodobnie mógł mieć wpływ sposób jej wcześniejszego magazynowania oraz wiek laminatu. Zaznaczył jednakże, iż ewentualne odchylenie z tego tytułu od poziomu właściwego mogło wynosić ok. 2,8%. Ponadto Odwołujący przedstawił argumentację na okoliczność, iż ustalenia Zamawiającego nie powinny mieć wpływu na końcową ocenę jego oferty.

W dniu 2 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, w ramach procedury self-cleaning wskazując, że został wprowadzony w błąd w zakresie parametru odporności na rozerwanie membrany, na co Odwołujący zajął stanowisko, iż nie zachodzą względem niego podstawy do wykluczenia

o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Równocześnie, z ostrożności Odwołujący powołał okoliczności zaświadczające o jego rzetelności.

Za pismem z dnia 13 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu stwierdził, że nie budzi wątpliwości wina nieumyślna Odwołującego przejawiająca się w lekkomyślnym założeniu, iż próbka membrany długotrwale magazynowana będzie przejawiała właściwości, które zadeklarował. Zarazem uznał, że nieprawdziwe informacje przedstawione w ofercie przetargowej mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły parametrów podlegających ocenie w ramach kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wynika, że w celu jego zastosowania muszą być spełnione wszystkie przesłanki łącznie, co nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Deklaracja co do właściwości oferowanych membran nie mogła mieć, zdaniem Odwołującego, na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wraz z ofertą złożono próbkę. Zgodnie z punktem 13.4.13 SIWZ próbka miała być przez Zamawiającego poddana badaniu laboratoryjnemu, w celu potwierdzenia, że membrana odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w OPZ, jak również zadeklarowanym przez wykonawcę. Zatem informacja o właściwościach membrany wynikająca z formularza oferty odpowiadała stanowi wiedzy wykonawcy na temat produktu GORE i nie mogła u Zamawiającego wywołać mylnego przekonania o rzeczywistych cechach ww. towaru, bowiem ich ocenę Zamawiający nie przeprowadzał w oparciu o treść formularza ofertowego, lecz na podstawie analizy próbki. Postanowienia SIWZ kategorycznie wskazują, że próbka membrany (2x2 m), która będzie elementem zaoferowanej technologii kompostowania odpadów, zostanie poddana badaniom laboratoryjnym w akredytowanym laboratorium, aby sprawdzić zaoferowany produkt pod kątem spełniania parametrów membrany podanych przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Zamawiający nie zastrzegł jedynie możliwości poddania próbki weryfikacji, co mogłoby skłonić Odwołującego do - jak to ujął Zamawiający - bezzasadnego założenia, iż uniknie bezprawnych następstw swego zachowania. Od początku było jasne, że ocena oferty nastąpi w oparciu o próbkę, która stanowiła jej integralną część. Z całą pewnością nie można więc uznać, że wprowadzała Zamawiającego w błąd, skoro ten, w każdym czasie, w oparciu o jej zawartość, był w stanie ustalić właściwości oferowanych membran. Innymi słowy, to nie zewnętrzne źródła informacji sprawiły, że Zamawiający posiadał wiedzę o faktycznych parametrach membrany, lecz treść oferty wykonawcy. W ocenie Odwołującego ewentualne rozbieżności pomiędzy sprawdzonymi zgodnie z SIWZ walorami próbki, a informacjami w formularzu ofertowym implikują określone wnioski na gruncie oceny ofert, ale nie sposób przyjąć, że stanowią dowód na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Nie sposób także przyjąć, zdaniem Odwołującego, że informacje nt. odporności na rozerwanie membran mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Rozbieżności pomiędzy formularzem oferty, a wartością ustaloną przez Zamawiającego w toku oceny próbki nie dotyczą wartości granicznych, więc co najwyżej rzutują na punktację w ramach kryterium jakościowego. Niemniej, walory zaofiarowanych membran, niezależnie od ich oceny, plasują wykonawcę na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Przede wszystkim jednak nie można twierdzić, że informacja z formularza ofertowego mogła mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż zgodnie z przywoływanym już postanowieniem SIWZ Zamawiający prowadził ocenę w oparciu o próbkę, a nie jedynie na bazie deklaracji wykonawcy. W istocie zatem informacja z formularza nie miała istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego, bowiem ten opierał się na własnych analizach otrzymanej próbki.

Wreszcie, zdaniem Odwołującego, nie można mu przypisać winy nieumyślnej. Jak to zostało wyjaśnione piśmie z dnia 25.06.2018 r., deklarując właściwości membrany Odwołujący nie opierał się wyłącznie na głośnym zapewnieniu podwykonawcy. Dysponował bowiem sprawozdaniem z badań wykonanych przez akredytowane laboratorium, które potwierdziło odporność na rozerwanie wg normy ISO 3303-1:2012 na poziomie 5 820 N. Co więcej, Odwołujący uzyskał od partnera technologicznego kolejny raport sporządzony w styczniu 2018 r. dla tej samej membrany, ponownie dający wynik 5820 N. Istotne jest również, że obydwa raporty pochodzą od tego samego laboratorium, któremu wykonanie analizy zlecił Zamawiający - Sachsisches Textil Forschungs Institut e.V. Odwołujący bazował zatem na badaniach wiarygodnych, przeprowadzonych przez renomowaną placówkę.

Nie można się zgodzić z Zamawiającym, który upatruje winy Odwołującego w tym, że lekkomyślnie przekazał Zamawiającemu wybrakowany materiał. Zamawiający zinterpretował bowiem informacje uzyskane z pisma Odwołującego z dnia 25.06.2018 r. w ten sposób, że Odwołujący wiedział, iż próbka była „obarczona wpływem czasu i niewłaściwymi warunkami magazynowania”. W konsekwencji uznał, że Odwołujący powinien był się liczyć z utratą jej właściwości.

W związku z powyższym Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że składając ofertę nie miał żadnych podstaw aby zakładać, że oferowana membrana nie posiada właściwości jakie wynikają z raportów z badań w laboratorium STFI. Wyjaśnienie przedstawione w piśmie stanowi próbę wytłumaczenia całkowicie zaskakujących dla niego oraz podwykonawcy wyników badań przeprowadzonych na zlecenie Zamawiającego.

Membrany o jakich tu mowa nie są produktami z określonym terminem przydatności. Odwołujący przekazał Zamawiającemu membranę nową, tyle że, jak później się dowiedział, pobraną z laminatu dedykowanego dla zamówienia realizowanego 2 lata temu i od tamtego

czasu przechowywaną w magazynie. Niemniej fakt ten, jakkolwiek znany Odwołującemu od niedawna, a przede wszystkim po uzupełnieniu próbki, nie powinien spowodować istotnej zmiany właściwości membrany. Niesporne jest, że wszystkie pozostałe zadeklarowane cechy zostały potwierdzone przez STFI. Jedyne odstępstwo dotyczy odporności na rozerwanie. Zgodnie z najlepszą wiedzą podwykonawcy Odwołującego, popartą wieloletnim doświadczeniem w stosowaniu tego materiału oraz badaniami w laboratoriach, długotrwałe magazynowanie może skutkować odchyleniami rzędu ok. 2,8%. Tak więc podwykonawca nie widział ryzyka w wykorzystaniu posiadanej membrany w przedmiotowym Postępowaniu i swobodnie zapewnił Odwołującego o jego właściwościach, które następnie zostały zaprezentowane w ofercie.

Mylnie zatem Zamawiający uznał, że Odwołujący podjął ryzyko zadeklarowania najwyższych parametrów przy świadomości, że może ich nie spełnić przekazana próbka. Odwołujący na podstawie informacji od podwykonawcy oraz raportów z badań działał w pełnym przekonaniu, że próbka potwierdzi wszystkie zapewnienia zawarte w ofercie. Złożył próbkę nową, nie mając wiedzy, ani co do daty jej wytworzenia, ani co do tego, że mogła utracić znane mu właściwości. Podobnie nieuzasadnione jest założenie Zamawiającego, iż Odwołujący posiadał próbkę inną, „nieobarczoną upływem czasu” ale z niezrozumiałych względów jej nie udostępnił. Wydaje się, że Zamawiający błędnie zinterpretował stwierdzenie Odwołującego w piśmie z dnia 25.06.2018 r., iż: „Na dzień składania ofert dostawca miał próbkę danego typu materiału (uwiarygodnionego badaniami), ale nie mógł to być obiektywnie dokładnie materiał, który będzie potencjalnie podlegał zainstalowaniu na etapie wykonawczym przedmiotowego zadania inwestycyjnego (gdyż takiego warunku SIWZ nie zawierała). Odwołujący wyjaśnił, że „próbką danego materiału” była właśnie próbka przekazana Zamawiającemu. Odwołujący nie dysponował inną próbką. Odwołujący nie miałby celu w tym, aby wiedząc o „wadzie” jednej z dwóch posiadanych membran przedstawić Zamawiającemu tę gorszą.

Odwołujący następnie wskazał, że oceniając należytą staranność należy zestawić zachowanie wykonawcy z miernikiem obiektywnym, który nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności. Innymi słowy należyta staranność dłużnika (tu wykonawcy), także w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowanej do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działanie dotyczy oraz okoliczności w jakich działanie to następuje. Zamawiający zlecił analizę próbki temu samemu laboratorium, które wcześniej wykonywało podobne badania dla ich wytwórcy. Trwała trzy tygodnie. Nie sposób więc wymagać od wykonawcy, aby posiadając raport tej samej instytucji, zaświadczający o właściwościach membrany, sporządził na dwa miesiące przed

ogłoszeniem Postępowania, prowadził własną weryfikację parametrów membrany. Zważywszy natomiast, że od ogłoszenia Postępowania (05.03.2018 r.) wykonawcy mieli 21 dni na złożenie oferty (26.03.2018 r.), staje się oczywiste, że przeprowadzenie dodatkowych badań było także niewykonalne.

Odwołujący podkreślił też, że membrany GORE zostały zaoferowane w Postępowaniu przez dwóch innych wykonawców (AK NOVA sp. z o.o. i konsorcjum Instal Warszawa). Obydwaj, podobnie jak Odwołujący, zadeklarowali Przedział III parametrów membrany, czyli pow. 5600 N odporności na rozerwanie. Trudno uznać, aby również oni podali nieprawdę. Tak więc nawet gdyby informacje z formularza oferty w zakresie odporności na rozerwanie uznać za nieprawdziwe, to z pewnością ich przedstawienie nie nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Odwołujący podał w formularzu ofertowym informacje wynikające z dokumentów stanowiących obiektywne źródło wiedzy i nie sposób mu zarzucić, że nie podjął, w okolicznościach jakich się znalazł, działań mogących w dalej idący sposób sprawdzić parametry membrany otrzymanej od PROFIKOMP Kornyezettechnika Zrt. W takim przypadku nie może być mowy o konsekwencjach z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, ale co najwyżej o uzyskaniu gorszej punktacji w stosunku do obiektywnych (acz ewentualnie nie potwierdzonych w wymagany SIWZ sposób) właściwości przedmiotu oferty, co pozostaje bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z Postępowania naruszając w ten sposób art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że Zamawiający, uznając że wykonawca podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powinien dokonać oceny twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Odwołującego na okoliczność jego rzetelności. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 9 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp. Z uzasadnienia wykluczenia z Postępowania nie wynika, aby Zamawiający, stwierdzając podleganie wykluczeniu, ocenił rzetelność Odwołującego. Z tych względów wykluczenie należałoby uznać co najmniej za przedwczesne.

Stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp implikuje konieczność nakazania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, w zakresie w jakim motywację Zamawiającego stanowił brak ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp). Natomiast w odniesieniu do rzekomej wady Postępowania, wskazanej literalnie w uzasadnieniu jego unieważnienia, wynikającej z braku przedłużenia terminu związania ofertą przez konsorcjum Instal Warszawa S.A. i Equipo sp. z o.o. stwierdzić należy, że ww. zaniechanie wykonawcy nie stanowi wady Postępowania, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W sytuacji gdy pozostaje przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu

Postępowanie może i powinno być kontynuowane, a oferta wykonawcy rezygnującego z udziału w nim podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, co zresztą Zamawiający dokonał wcześniej (pismo z 7 czerwca 2018 r.) w stosunku do dwóch innych wykonawców. W związku z powyższym unieważnienie Postępowania nie może się ostać jako podjęte z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Pismem z dnia 27 lipca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na unieważnieniu Postępowania, pomimo że nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i naruszenia art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez nieuzasadnioną odmowę uznania twierdzeń i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego oraz oddalenia odwołania w pozostałym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, bądź też nie kierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawę w zakresie naruszenia:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na unieważnieniu Postępowania, pomimo że nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a także (z ostrożności, w kontekście art 93 ust. 1 pkt 1 Pzp) pomimo faktu, że w Postępowaniu została złożona przynajmniej jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu; z ostrożności;
2. art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez nieuzasadnioną odmowę uznania twierdzeń i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie możliwe jest sformułowanie przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 8 ustawy Pzp. Należy mieć

bowiem na uwadze, że Odwołujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca w takiej sytuacji *może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (...)*, natomiast stosownie do treści art. 24 ust. 9 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. W związku z powyższym, zdaniem Izby zasadnym było rozpoznanie ww. zarzutu, skoro w wyniku naruszenia przepisu art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp mogło dojść do wykluczenia Odwołującego. Innymi słowy, w ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp pozostaje w ścisłym związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, będącym podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie sytuacja wygląda z zarzutem naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na podstawie którego Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Uzasadnieniem dokonania tej czynności przez Zamawiającego była okoliczność, że w postępowaniu, po wykluczeniu Odwołującego została oferta, złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którym upłynął termin związania ofertą, a którzy nie przedłużyli tego terminu z własnej inicjatywy wraz z przedłużeniem ważności wadium, bądź wniesieniem nowego wadium. Zdaniem Izby unieważnienie postępowania związane jest również z wykluczeniem Odwołującego i zarzut ten jako będący konsekwencją poprzednich dwóch zarzutów również zasługiwał na rozpoznanie. Tylko bowiem jednocześnie zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obok dwóch wskazanych wyżej zarzutów, Odwołujący miał szansę na uwzględnienie odwołania, w przeciwnym razie jego odwołanie musiało by podlegać oddaleniu z uwagi braku wpływu na wynik, bowiem samo orzeczenie o bezprawnym wykluczeniu Odwołującego byłoby bez znaczenia wobec braku wzruszenia przez Odwołującego czynności unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią rozdziału XXIII „Kryteria oceny ofert” SIWZ, kryteria oceny ofert były następujące:

1. Cena brutto – waga 60%;
2. Jakość membrany – waga 35%;

3. Doświadczenie technologa – 5%.

Stosownie do postanowień SIWZ *W ramach kryterium „Jakość membrany” oceniane będą zaferowane przez Wykonawcę przedziały parametrów membrany określone w tabelach nr 1 lub nr 2 poniżej. Do oceny w ramach kryterium zostaną przyjęte przedziały parametrów wskazane przez Wykonawcę w formularzu oferty. Jak wynika z tabeli nr 1 Wymagane parametry funkcyjne membrany – punktacja dla pozycji odporność na rozerwanie można było zadeklarować jeden z trzech przedziałów:*

1. $5000 \leq \dots \leq 5299$ – oceniany na 0 pkt;
2. $5299 < \dots \leq 5600$ – oceniany na 10 pkt;
3. > 5600 – oceniany na 20 pkt.

Oprócz ww. pozycji tabela ta zawierała jeszcze inne pozycje takie jak: *waga, przepuszczalność powietrza, przepuszczalność pary wodnej. Tabela nr 2 Dodatkowe parametry funkcyjne membrany zawierała tylko jedną pozycję - odporność na przenikanie substancji chemicznych. Następnie treść SIWZ stanowiła, że W ramach kryterium „Jakość membrany” ocena ofert zostanie dokonana przy zastosowaniu wzoru:*

$$J = \frac{J_o}{J_n} \times 100 \text{ pkt} \times 35 \%$$

gdzie:

J – liczba punktów w ramach kryterium „Jakość membrany”,

J_o – Jakość membrany w ofercie ocenianej,

J_n – Najwyżej oceniona Jakość membrany spośród wszystkich ofert.

W przypadku kryterium „Jakość półprzepuszczalnej membrany” oferta otrzyma zaokrągloną dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikającą z zastosowania powyższego wzoru. Maksymalna ilość punktów do uzyskania w kryterium „Jakość półprzepuszczalnej membrany” to 35 punktów.

W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty przez:

1. AK NOVA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,
2. VARIA TECH spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
3. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie i EQUIPO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,
4. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych R. A. R. z siedzibą w Szczecinie i Fostech spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Barczewie.

Zgodnie z postanowieniem 12.5. SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, 3) brak odstaw wykluczenia, określonych przez Zamawiającego.

Stosownie do postanowienia zawartego w rozdziale XIII WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA pkt 13.4.13 W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania, Zamawiający żąda próbkę zaoferowanej przez Wykonawcę membrany, którą Zamawiający podda w toku badania i oceny ofert badaniu laboratoryjnemu, w celu potwierdzenia, że oferowana przez Wykonawcę membrana odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w OPZ, jak również zadeklarowanym przez niego parametrom.

Próbkę przedstawia na wezwanie Zamawiającego tylko Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona.

Próbka membrany (2 x 2 m), która będzie elementem zaoferowanej technologii kompostowania odpadów, zostanie poddana badaniom laboratoryjnym w akredytowanym laboratorium, aby sprawdzić zaoferowany produkt pod kątem spełniania parametrów membrany podanych przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. Próbka winna być zapakowana w przezroczystą torbę/folię. Na opakowaniu winna być przyklejona/przymocowana kartka z nazwą producenta membrany.

W części III SIWZ został natomiast zawarty Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią którego wykonawca miał m.in. dostarczyć 6 szt. membran (element technologii) przykrywającej kompostowany materiał o następujących wymaganych parametrach:

Waga: $520 \geq \dots \geq 450$ [g/m²], norma: EN 12127:1997

przepuszczalność powietrza: $2 \leq \dots \leq 8$ [m³/m² h], norma: EN ISO 9237: 1995,
ciśnienie próbne 200 Pa

przepuszczalność pary wodnej: $35 \geq \dots \geq 10$ [m²Pa/W], norma: EN 31092:1993

odporność na rozerwanie: ≥ 5000 [N], norma: ISO 3303:1990 Metoda A lub ISO 3303-1:2012

oraz o pozostałych parametrach, punktowanych w kryterium oceny ofert (...).

Ofertą, która w wyniku oceny otrzymała największą ilość punktów była oferta złożona przez Odwołującego, dlatego też Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym do złożenia próbki. W wyniku przeprowadzonego badania próbki Zamawiający ustalił, że nie potwierdziło się spełnienie parametru odporność na rozerwanie, w zadeklarowanym przez Odwołującego w Formularzu oferty przedziale trzecim. Badanie w kwestionowanym kryterium dało wynik 5440 N, natomiast dla osiągnięcia poziomu trzeciego powinien zostać osiągnięty wynik >5600.

Zamawiający w związku z powyższym zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 21 czerwca 2018 r., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień w zakresie rozbieżności między deklaracją Odwołującego a otrzymanym wynikiem badań próbki w zakresie odporności na rozerwanie.

Pismem z dnia 25 czerwca 2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że przed złożeniem oferty uzyskał dane oparte na badaniach dedykowanego typu oferowanego produktu, prowadzonych zgodnie z normami wskazanymi w SIWZ i opierając się na ich wyniku zadeklarował najwyższy przedział odporności na rozerwanie. Odwołujący załączył do wyjaśnień sprawozdanie z badań z dnia 28 maja 2014 r. potwierdzające osiągnięcie wyniku na poziomie 5820 N. Ponadto podejmując próbę wyjaśnienia zaistniałej sytuacji Odwołujący wskazał, że przedłożona Zamawiającemu próbka danego typu membrany (określonego w SIWZ) została pobrana z laminatu, który dedykowany był do zamówienia realizowanego przez dostawcę ponad 2 lata temu w stosunku do daty oferty Wykonawcy. Wskazana okoliczność w żaden sposób nie narusza wymagań SIWZ, gdyż Zamawiający nie zawarł w treści dokumentacji przetargowej wymagania, aby wykonawca już na dzień składania ofert miał wyprodukowaną membranę do realizacji przyszłego ewentualnego zamówienia udzielonego w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania. Odwołujący waśnił ponadto, że dany materiał produkowany jest wprost pod dane zamówienie po jego udzieleniu. Zatem nie miał możliwości przedstawić Zamawiającemu próbki membrany bezpośrednio wyprodukowanej przed terminem składania ofert. Na dzień składania ofert wykonawca miał próbkę danego typu materiału (uwiarygodnionego badaniami), ale nie mógł być to obiektywnie dokładnie materiał, który będzie potencjalnie podlegał zainstalowaniu na etapie wykonawczym, gdyż SIWZ nie zawierała takiego wymogu. Odwołujący wyjaśnił następnie, że z dużą dozą prawdopodobieństwa na wynik badań przedstawionej próbki mógł mieć wpływ sposób jej wcześniejszego magazynowania, pobrania oraz wiek laminatu. Materiał z uwagi na swą specyfikę zupełnie inaczej zachowuje się na obiekcie

technologicznym w toku pracy, a inaczej długotrwale magazynowany, gdzie może w niewielkim stopniu tracić swoje właściwości, w tym też parametr odporności na rozerwanie na poziomie odchylenia 2,8%. Odwołujący podkreślił, że zadeklarowane w ofercie parametry oparte były na wynikach badań laboratoryjnych prowadzonych także w akredytowanym laboratorium. Tym samym wykonawca dochował najwyższych standardów staranności. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż otrzymany przez Zamawiającego wynik analizy potwierdza, że wszystkie obligatoryjne parametry techniczne i funkcjonalne opisane w SIWZ zostały przez zaoferowaną membranę spełnione. Do wyjaśnień zostało również dostarczone oświadczenie przedstawiciela firmy PROFIKOMP zgodnie z którym zaoferowana membrana GORE COVER spełnia postawione w SIWZ wymagania a podmiot tej jest gotowy do realizacji dostawy.

Zamawiający ponownie zwrócił się o wyjaśnienia pismem z dnia 2 lipca 2018 r. w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazując, że żąda wyjaśnień w związku z prowadzeniem w błąd Zamawiającego, przez podanie w formularzu ofertowym nieprawdziwych informacji tj. zadeklarowanie iż membrana w funkcji „odporność na rozerwanie” spełnia parametry z przedziału III, podczas gdy zgodnie z wynikiem badania laboratoryjnego próbki, zaoferowana membrana spełnia parametry z przedziału II.

W odpowiedzi z dnia 6 lipca 2018 r. Odwołujący wskazał, że podane informacje w formularzu ofertowym na temat właściwości oferowanej membrany odpowiadały stanowi wiedzy Odwołującego na temat oferowanego produktu i nie mogły one wywołać u Zamawiającego mylnego przekonania na temat rzeczywistych cech towaru ponieważ ich ocenę Zamawiający przeprowadził nie w oparciu o treść formularza ofertowego lecz w oparciu o analizę próbki. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że informacje na temat odporności na rozerwanie nie mają istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zaistniałe rozbieżności między wynikiem, jaki dało badanie próbki, a deklaracją z formularza oferty nie dotyczą wartości granicznych, więc co najwyżej rzutują na punktację w ramach kryterium jakościowego. Niemniej walory zaoferowanych membran, niezależnie od ich oceny plasują Odwołującego na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Odwołujący przypomniał, że deklarując parametry oferty nie opierał się wyłącznie na gołosłownym zapewnieniu podwykonawcy lecz dysponował sprawozdaniem z badań wykonanych przez akredytowane laboratorium, które potwierdziło odporność na rozerwanie na poziomie 5820 N wg normy ISO 3303-1:2012. Ponadto Odwołujący wskazał, że otrzymał kolejny raport ze stycznia br. Dla tej samej membrany GORE, ponownie dający wynik 5820 N. Ponadto podwykonawca ProfiKomp ponownie oświadczył gotowość do dostarczenia membran spełniających zadeklarowane w formularzu oferty poziomy jakości, w tym w zakresie odporności na rozerwanie. Ponadto Odwołujący nie poprzestał na zapewnieniach

kontrahenta lecz pozyskał raporty z badań – obiektywne źródło wiedzy wobec czego nie można mu zarzucić, że nie podjął w okolicznościach w jakich się znalazł, działań mogących w dalszym idącym sposobie sprawdzić parametry membrany otrzymanej od ProfilKomp. Wobec powyższego otrzymane przez Zamawiającego wyniki badania mogły być spowodowane złym stanem próbki na skutek wcześniejszego magazynowania, pobrania i wieku laminatu. Podkreślił że nie miał świadomości, że przekazana mu próbka może być dotknięta jakimikolwiek wadami. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał swoją deklarację z formularza ofertowego w zakresie parametrów, w tym odporności na rozerwanie oraz wskazał, że mogło dość do przedstawienia wybrakowanej próbki lecz oferta nie zawiera nieprawdy co do właściwości oferowanej membrany, wobec czego nie może być mowy o konsekwencjach wynikających z art. 24 ust., 1 pkt 17 ustawy pzp.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2018 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp uznając, że Odwołujący zadeklarował w formularzu ofertowym najwyższe parametry membrany w celu uzyskania najwyższej punktacji w kryterium oceny oferty „jakość membrany” po czym przedstawił Zamawiającemu do badań próbkę obarczoną upływem czasu i niewłaściwymi warunkami magazynowania. W ocenie Zamawiającego przedstawienie informacji w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert mających wpływ na tę ocenę należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że przedstawione przez odwołującego w wyjaśnieniach wyniki badań z 2014 i 2018 r. nie mogą stanowić dowodu poświadczającego prawdziwość parametrów zadeklarowanych przez wykonawcę gdyż nie dotyczą one próbki membrany, która została przedłożona w postępowaniu Zamawiającemu lecz innych badanych materiałów.

Ponadto Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jedyną ważną w postępowaniu ofertą złożoną przez Instal Warszawa S.A. (lider Konsorcjum) wygasła wobec nie przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium, wobec czego nie jest możliwy wybór oferty, która wykonawca nie jest związany.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść art. 191 ust. 2, art. 192 ust. 2 oraz 192 ust. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych i zasady, które musi uwzględniać z urzędu rozstrzygając w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z pierwszą regulacją

„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Natomiast stosownie do treści drugiego z przepisów: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”. Trzeci z przywołanych przepisów stanowi, że „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

Kierując się powyższymi zasadami skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim wskazać należy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło do wypełnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zatem ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

1. czy Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
2. czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Omawiany przepis ustawy uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W judykaturze wyrażany jest pogląd, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności

można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrome w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania (por. wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. KIO 1004/17).

Odnosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że w zaistniałym stanie faktycznym nie sposób przypisać, jak uczynił to Zamawiający, Odwołującemu winy rozumianej jako lekkomyślność. Z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, w tym z załączonych dowodów wynika, że składając ofertę, Odwołujący miał podstawy by oświadczyć w formularzu ofertowym, że oferowana przez niego membrana spełnia zadeklarowany przedział trzeci odporności na rozerwanie. Odwołujący dysponował bowiem wynikami badań, uzyskanymi w akredytowanym laboratorium, w którym jak się następnie okazało w toku rozprawy, badanie próbek zlecił również Zamawiający i oświadczeniem firmy Prokomp – autoryzowanego przedstawiciela firmy Gore, będącej producentem membran, na podstawie których podjął decyzję o zadeklarowaniu najwyższego przedziału. Zatem w świetle ww. dokumentów, jakimi dysponował Odwołujący i jakie zostały przedstawione również Zamawiającemu, oświadczenie Odwołującego było prawdziwe, tj. zaoferowany przedmiot spełnia kwestionowane kryterium mieszcząc się w przedziale trzecim.

Problem w zaistniałej w przedmiotowym stanie faktycznym sytuacji polega na tym, że przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego próbka nie spełnia zadeklarowanego przedziału trzeciego, mimo, że jest ona zgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ. Nie można jednak nie dostrzec, że Odwołujący działał w zaufaniu do posiadanych wyników badań i w tych okolicznościach wymaganie od niego przedstawienia badań dotyczących tej konkretnej, przedstawionej Zamawiającemu próbki było by wymaganiem nadmiernym, a także nieuzasadnionym w świetle postanowień SIWZ oraz dodatkowo niemożliwym do spełnienia. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego, który wskazał, że nie było by możliwe przebadanie próbki, a następnie jej złożenie Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, gdyż po pierwsze, próbki nie są zwracane przez laboratorium po przeprowadzeniu testów

(Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej składu nie potrafił udzielić informacji na temat tego, czy oddana przez niego do badania, a złożona wcześniej przez Odwołującego, próbka została mu przez laboratorium zwrócona), a po drugie, próbka po takich testach nie jest już próbką nową i kolejnych testów mogła by nie przejść na oczekiwanym poziomie.

W związku z powyższym, zdaniem składu orzekającego, nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie tylko Izba nie dopatrzyła się w działaniu Odwołującego lekkomyślności ale też doszła do przekonania, że nie zostały spełnione pozostałe przesłanki, o których mowa w ww. przepisie ustawy, a których łączne spełnienie warunkuje jego zastosowanie. Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego podczas rozprawy Zamawiającemu zależało, aby membrana, którą dostarczy mu wykonawca miała najwyższą jakość. Zamawiający akcentował, że przedstawione przez Odwołującego wraz z udzielonymi wyjaśnieniami wyniki badań nie dotyczyły tej konkretnej próbki, która została mu złożona. Zamawiający wskazał też, że przedstawione wyniki badań pochodzą z 2014 i 2018 r., natomiast wiek próbki szacowany jest na rok 2016. Zamawiający w zaistniałej sytuacji obawiał się, że nie dostanie membrany z bieżącej produkcji. Odnosząc się do ww. stanowiska Zamawiającego zauważyć jednak należy, że w świetle postanowień SIWZ Zamawiający wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia był nowy, jest przy tym okolicznością bezsporną, że nie zostały sformułowane żadne dodatkowe wymogi w tym zakresie, w szczególności Zamawiający nie wymagał, aby zaoferowany przedmiot zamówienia był wyprodukowany w określonym czasie. Tym samym nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że złożył próbkę, która nie pochodzi z bieżącej produkcji i przypisywać mu w tym zakresie lekkomyślność oraz brak rzetelności.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Izby, błędne przekonanie zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w przedmiotowej sprawie dostrzec należy, że brak jest takiego wpływu. Odwołujący zadeklarował bowiem spełnienie przedziału trzeciego, za który Zamawiający przyznał mu 20 pkt, podczas gdy z badania dostarczonej próbki wynika, że został spełniony poziom drugi, za który Zamawiający przyznawał 10 pkt. Jest okolicznością bezsporną, że nawet gdyby Odwołujący uzyskał w spornym kryterium 10 pkt, jego oferta i tak byłaby ofertą z największą liczbą punktów. Wobec powyższego skład orzekający nie dopatrzył się aby zaszła sytuacja w której Zamawiającemu przedstawiono informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dodatkowo stanowczo w tym miejscu podkreślić należy, że dokonując badania i oceny ofert w celu przyznania punktacji, stosownie do postanowień treści SIWZ, zawartych w rozdziale XXIII *Do oceny w ramach kryterium zostaną przyjęte przedziały parametrów wskazane przez Wykonawcę w formularzu oferty*, Zamawiający

działał na podstawie oświadczeń złożonych przez wykonawców. Innymi słowy, zgodnie z postanowieniami SIWZ punktacja oferty odbywała się w oparciu o oświadczenia wykonawców zawarte w formularzu ofertowym dla poszczególnych kryteriów, a nie w oparciu o wynik badania próbki, które to badanie miało miejsce na późniejszym etapie i tylko wobec wykonawcy którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów. Zatem zaistniała sytuacja jest poniekąd wynikiem działania samego Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, pozbawił się możliwości przyznania punktów w kryterium „Jakość membrany” na podstawie wyników badań złożonych próbek, lecz opierał się na oświadczeniu wykonawcy.

Ponadto wskazać również należy, że zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy zastosowanie jednej z najbardziej dotkliwych sankcji – tj. sankcję wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd też powinno mieć miejsce w sytuacji, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna. W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego nie można jednoznacznie przesądzić, że doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji, skoro Odwołujący na potwierdzenie swojego oświadczenia przedstawił stosowne dokumenty w postaci wyników badań, a w świetle postanowień SIWZ nie był zobligowany do przedstawienia próbki z bieżącej, tj. najnowszej produkcji a jedynie próbki nowej. Dodatkowo skład orzekający stoi na stanowisku, że nie można przypisać wykonawcy przedstawienia nieprawdziwych informacji w sytuacji, gdy weryfikacja potencjalnie błędnej informacji następuje w oparciu o treść samej oferty, podobnie jak nie można mówić o wprowadzeniu w błąd w sytuacji, gdy Zamawiający „z urzędu” dysponuje informacjami pozwalającymi zweryfikować oświadczenia wykonawców.

W ocenie składu orzekającego w zaistniałej w rozpoznawanej sprawie sytuacji można mówić co najwyżej o przedstawieniu wadliwej próbki, a nie o przedstawieniu nieprawdziwych informacji co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że sam Zamawiający liczył się z sytuacją, w której badanie złożonej próbki potwierdzi spełnianie wymagań Zamawiającego wskazanych w OPZ oraz zadeklarowanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym parametrów, ale na etapie realizacji dojdzie do dostarczenia membrany o parametrach gorszych niż te wskazane w OPZ i w ofercie wykonawcy, czemu Zamawiający dał wyraz w treści Subklauzuli 7.2. „Próbki” Stosownie do jej brzmienia: (...) *Jeżeli po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych okaże się, iż dostarczone membrany nie spełniają parametrów funkcyjnych deklarowanych przez Wykonawcę w formularzu Oferty, Zamawiający wezwie Wykonawcę (do dostarczenia w terminie 14 dni) membran, spełniających parametry funkcyjne deklarowane przez Wykonawcę w formularzu Oferty, z których zostaną pobrane próbki. Zamawiający podda*

badaniom laboratoryjnym próbki w celu sprawdzenia parametrów funkcyjnych membrany deklarowanych przez Wykonawcę w formularzu Oferty.

Jeżeli Wykonawca w terminie 14 dni od wezwania nie dostarczy membran lub po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych próbek tych membran okaże się, iż dostarczone membrany ponownie nie spełniają parametrów funkcyjnych deklarowanych przez Wykonawcę w formularzu Oferty, Zamawiający uzna, iż Wykonawca nie wykonuje lub nienależyście wykonuje Kontrakt, co stanowić będzie podstawę do odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy zgodnie z Subklauzulą 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego].

Wprowadzenie ww. postanowienia we wzorze umowy świadczy w ocenie składu orzekającego o tym, że Zamawiającemu znana jest specyfika przedmiotu zamówienia, skoro liczy się on z możliwością wystąpienia sytuacji, w której próbka przejdzie testy na oczekiwanym poziomie na etapie badania i oceny ofert, lecz nie da mu to absolutnej gwarancji, że dostarczone membrany na etapie realizacji przedmiotu zamówienia również będą się cechować parametrami wskazanymi w treści oferty, np. z uwagi na wyprodukowanie wadliwej partii materiału. Zatem możliwa jest również sytuacja odwrotna – że obiektywnie oferowany przedmiot posiada deklarowane parametry, ale z uwagi na wadliwość próbki nie zostaną one potwierdzone na etapie badania i oceny ofert, jak w przedmiotowej sprawie. Podkreślenia przy tym wymaga, że próbka jest wadliwa tylko w takim zakresie w jakim nie potwierdza zadeklarowanego przedziału trzeciego odporności na rozlewanie, gdyż zgodność z treścią OPZ została potwierdzona, podobnie jak potwierdzone zostały pozostałe parametry podlegające ocenie. Korzystając więc ze swojej znajomości specyfiki przedmiotu zamówienia i doświadczenia życiowego Zamawiający powinien był pozytywnie ocenić udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z przedstawionymi przy tych wyjaśnieniach dowodami. W ocenie składu orzekającego nie było zatem podstaw w przedmiotowej sprawie do zastosowanie wobec Odwołującego sankcji wykluczenia z postępowania, w której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Z tych powodów uwzględnieniu również podlegał zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp przez nieuzasadnioną odmowę uznania twierdzeń i dowodów potwierdzających rzetelność Odwołującego. W konsekwencji uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie, Izba uznała również, że nie ma podstaw to unieważnienia postępowania w oparciu o wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stąd też uwzględniła również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sygn. akt: KIO 1417/18

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: