

Sygn. akt: KIO 812/15

**WYROK**

**z dnia 6 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju, ul. Przemysłowa 10, 44-335 Jastrzębie – Zdrój**

przy udziale:

1. wykonawcy **COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 812/15 po stronie zamawiającego
2. wykonawcy **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 812/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie:**

- 1.1. wykonawcy **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez złożenie:
  - a) oryginału zobowiązania do udostępnieniu zasobów
  - b) pełnomocnictwa dla Pani W. M. poświadczonej za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający zasoby
  - c) dokumentu potwierdzającego umocowanie osób udzielających pełnomocnictwa dla Pani W. M.

- d) „Wykazu głównych dostaw” podpisanego prawidłowo przez wykonawcę **MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku**
- e) dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby i biorącego udział w realizacji zamówienia zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231)

1.2. wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez złożenie:

- a) „Wykazu głównych dostaw” potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie
- b) dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie do udostępnienia zasobów

2. kosztami postępowania obciąża **Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju, ul. Przemysłowa 10, 44-335 Jastrzębie – Zdrój** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania
- 3.1. zasądza od **Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębie – Zdroju, ul. Przemysłowa 10, 44-335 Jastrzębie – Zdrój** na rzecz wykonawcy **WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

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

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębie - Zdroju, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę; instalację 105 tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy wraz z przyłączami energetycznymi działających w ramach Systemu pn: „Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lutego 2015 r., nr 2015/S 035-059431.

W dniu 9 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, zwanego dalej „wykonawcą MPT”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 20 kwietnia 2015 r. (pismem z dnia 17 kwietnia 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2015 r.) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wobec zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu:

- I. odnośnie wykonawcy MPT naruszenie:
  1. art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór przez zamawiającego oferty Wykonawcy MP jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, pomimo faktu, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
  2. § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”; § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów; art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 701 § 4 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieprzestrzeganie przez zamawiającego (będącego organizatorem przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego) ustalonych warunków przetargu, w których ustalił katalog wymaganych dokumentów, a następnie nie egzekwował od wykonawcy MPT dokumentów pierwotnie wymaganych, co w

konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że wykonawca MPT spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie;

3. art. 26 ust. 2a ustawy Pzp; art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MPT, które w konsekwencji prowadzić miało do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz który nie wykazał w sposób żądany przez zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MPT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

z ostrożności procesowej:

5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; zamawiającego § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy MPT do uzupełnienia dokumentów, których brak w ofercie oraz do uzupełnienia dokumentów, które co prawda zostały złożone, ale nie odpowiadają wymogom przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów - w zakresie wynikającym szczegółowo z uzasadnienia odwołania;
  6. art. 90 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy MPT do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż wysokość zaoferowanej ceny przez wykonawcę MPT wskazuje na niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia w ramach tejże ceny.
  7. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, z uwagi na faworyzowanie przez Zamawiającego Wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu, którzy składają oferty nierzetelnie przygotowane, niekompletne, nie spełniające wymogów przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów.
- II. odnośnie wykonawcy Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Comp”:
1. art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez sklasyfikowanie przez zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert oferty złożonej przez wykonawcę COMP i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, pomimo faktu, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
  2. art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 701 §4 Kodeksu cywilnego; art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez nieprzestrzeżenie przez

zamawiającego (będącego organizatorem przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego) ustalonych warunków przetargu, w których zamawiający sformułował brzmienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia, a następnie nie egzekwował od wykonawcy Comp spełniania tych warunków, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie;

3. art. 26 ust. 2a ustawy Pzp; art. 26 ust 2b ustawy Pzp; art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie przez zamawiającego, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia wykonawcy Comp przez podmiot trzeci jest realne, pozwalające na faktyczne ich wykorzystanie przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie;

z ostrożności procesowej:

4. art. 26 ust 3 ustawy Pzp; § 1 ust 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów; art. 26 ust 2b ustawy Pzp; § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Comp do uzupełnienia dokumentów, których brak w ofercie oraz do uzupełnienia dokumentów, które co prawda zostały złożone, ale nie odpowiadają wymogom przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów - w zakresie wynikającym szczegółowo z uzasadnienia odwołania;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, z uwagi na faworyzowanie przez zamawiającego wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, którzy składają oferty nierzetelnie przygotowane, niekompletne, nie spełniające wymogów przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórnego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia z postępowania wykonawców: MPT i Comp, odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;
4. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

Względnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórnego badania i oceny ofert;
3. wezwania wykonawców MPT i COMP do uzupełnień dokumentów brakujących i/lub wadliwie złożonych;
4. wybór oferty najkorzystniejszej po dokonanych przez tych Wykonawców uzupełnieniach, w szczególności przy braku uzupełnień lub uzupełnieniu dokumentów nieprawidłowych przez wykonawców: MPT i Comp, wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in. zarzut niespełnienia przez wykonawcę MPT warunków udziału w postępowaniu, wskazując, iż wykonawca ten w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawił w wykazie głównych dostaw jedno zamówienie, którego wykonawcą jest podmiot trzeci, tj. GMV Sistemas S.A.U. Ponadto, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności finansowej przedłożył informację z banku tego podmiotu. Niekwestionowaną zasadą jest, że w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, zobowiązanie tego podmiotu, w którym zobowiązuje się on do udostępnienia wykonawcy składającemu ofertę niezbędnych zasobów powinno zostać złożone z zachowaniem formy pisemnej (tj. w oryginale). Tymczasem wykonawca MPT złożył kopię dokumentu (strona 36 oferty) poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co nie pozwala uznać, że wymóg pisemności zobowiązania został dochowany.

Dodatkowo podniósł, że z oferty złożonej przez wykonawcę MPT nie wynika, aby oświadczenie o udostępnieniu zasobów było złożone przez osobę uprawnioną do zaciągania tego typu zobowiązań w imieniu GMV Sistmas S.A.U. Na załączonej do oferty kopii dokumentu oświadczenia o udostępnieniu zasobów widnieje podpis Pani W. M., której umocowanie do udostępniania zasobów GMV Sistemas S.A.U. wykonawcom w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało należycie wykazane. Wraz z ofertą wykonawca MPT złożył wyłącznie kopię pełnomocnictwa udzielonego Pani W. M. przez Pana I.-J. L. E., które jednak nie uprawnia Pani W. M. do udostępniania zasobów podmiotu GMV Sistemas S.A.U. innym wykonawcom. Kompetencja ta nie wynika wprost ze złożonego dokumentu pełnomocnictwa. A ponadto z żadnego dokumentu załączonego do oferty wykonawcy MPT nie wynika, czy sam Pan I.-J. L. E. jest uprawniony do reprezentacji podmiotu GMV Sistemas S.A.U. oraz, czy może udzielać innym osobom pełnomocnictw do reprezentacji tego podmiotu.

Odwołujący podniósł także, iż dokument pełnomocnictwa dla Pani W. M. jest kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie jest to oryginał dokumentu, ani nawet kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający zasoby. Tym samym zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby uznać, że zasoby

podmiotu trzeciego GMV Sistemas S.A.U. zostały udostępnione wykonawcy MPT i wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał ich spełnianie.

Z treści przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika, w jaki sposób wykonawcy MPT będą udostępnione zdolności finansowe podmiotu GMV Sistemas S.A.U. Brak jest więc podstaw do uznania, iż zasoby finansowe GMV Sistemas S.A.U. zostały udostępnione w sposób realny.

Podniósł także, iż zgodnie z dokumentem złożonym przez wykonawcę MPT (strona 36 oferty) podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia, w związku z czym wykonawca MPT zobowiązany był złożyć wraz z ofertą dokumenty potwierdzające, że w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą podstawy do wykluczenia go z postępowania. Tymczasem wykonawca MPT nie złożył żadnego dokumentu, który odnosiłby się do kwestii braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu udostępniającego zasoby.

Odnosnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, iż zdaje sobie sprawę, że cena zaoferowana przez Wykonawcę MPTechnology nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%, co w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp zobowiązywałoby zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Niemniej jednak w jego ocenie, który wycenił swoją ofertę na możliwie niskim poziomie (należy zauważyć, że gdyby kryterium oceny ofert była wyłącznie cena, to oferta odwołującego byłaby na drugim miejscu w rankingu ofert), cena na tak niskim poziomie jak ta zaoferowana przez wykonawcę MPT nie pozwala na rentowną realizację przedmiotu zamówienia. Przedłożył zestawienie, które opiera się na wartościach skrajnie minimalnych, w tym znaczeniu, że teoretycznie na rynku dostępne są do pozyskania świadczenia wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia za podane w zestawieniu wartości. Zestawienie nie obejmuje przy tym elementów ryzyka, kosztów dodatkowych (nieprzewidzianych, wynikłych w toku realizacji zamówienia), indywidualnych kosztów ponoszonych przez Wykonawców, które mogą się różnić w zależności od strategii danego Wykonawcy.

Odnosnie oferty wykonawcy Comp odwołujący podniósł, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż podał w wykazie głównych dostaw nieprawidłowe zamówienia. Wykonawca ten nie uwzględnił składając ofertę, dokonanej przez zamawiającego zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu, składając wykaz, z którego wynika, że zrealizowane zamówienia obejmowały dostawę i instalację tablic, a nie polegały na wykonaniu tablic, czego wymagał zamawiający po modyfikacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu i że

wykazał ich spełnianie, ponieważ zamówienia, które wskazał wykonawca Comp nie obejmowały wykonania tablic.

Odwołujący zakwestionował także prawidłowość dokumentu złożonego przez wykonawcę Comp na potwierdzenie, że zamówienie z pozycji 1 wykazu zostało wykonane należycie (kwestionowane dokumentem bowiem certyfikat, z którego wynika, że wykonawca zamówienia, tj. IVU Traffic Technologies „podjął się wdrożenia”. Ze złożonego dokumentu nie wynika, ani że zamówienie zostało wykonane w całości, ani, że zostało wykonane należycie.

Ponadto odwołujący zarzucił wykonawcy Comp, że zamawiający nie był uprawniony do uznania, że zasoby wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG zostały skutecznie udostępnione. Z oferty złożonej przez wykonawcę Comp nie wynika, że osoby, które podpisały oświadczenie znajdujące się na stronie 28 oferty tego wykonawcy są umocowane do składania w imieniu IVU Traffic Technologies AG oświadczeń na podstawie, których oddaje się do dyspozycji zasoby innemu podmiotowi. Brak w ofercie wykonawcy Comp jakiegokolwiek dokumentu, który dawałby zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że Panowie M. M.- E. i M. R. są uprawnieni do reprezentowania w tym zakresie podmiotu IVU Traffic Technologies.

Nadto dodał, iż udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci IVU Traffic Technologies AG ma charakter fikcyjny, ze względu na fakt, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, co wyraźnie wynika ze złożonego oświadczenia. Przekazywanie wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG na rzecz Comp ma odbywać się za pośrednictwem wyłącznie konsultacji, bez jakiegokolwiek udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Tymczasem na gruncie przedmiotowego postępowania transferowanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego poprzez konsultacje (niemające charakteru udziału w realizacji zamówienia) jest zdecydowanie niewystarczające, aby można było uznać, że wykonawca Comp będzie miał realny dostęp do wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG w zakresie pozwalającym na prawidłowe wykonanie zamówienia.

W dniu 21 kwietnia 2015 r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania, wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 23 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comp zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 24 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MPT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.



**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut dotyczący nieprawidłowej formy złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów w potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 1, litera D podał:

- Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 7 do SIWZ stanowiący załącznik nr 14.6 do oferty.
- Jeśli przekazanie zasobów przez podmiot trzeci będzie się wyrażało udziałem w realizacji tego podmiotu to Wykonawca składający ofertę winien przedstawić dokumenty o braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu trzeciego wymienione w punkcie 2, ppkt 2a, 2b, 2c, 2d, 2e, 2f, 2g, 2h.
- Jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, to do oferty należy dołączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy (podmiotu trzeciego) – wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Nadto w rozdziale VIII SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 1.4. zamawiający wskazał, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i których opis sposobu oceny spełnienia dokonany został w Rozdz. VII. SIWZ wykonawca składa „w przypadku korzystania z zasobów (potencjału) innych podmiotów – pisemne zobowiązanie tych podmiotów lub inny dokument wykazujący i potwierdzający, że wykonawca jest uprawniony do korzystania i/lub będzie korzystał z zasobów tych podmiotów przy wykonywaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, z wykorzystaniem wzoru załącznik nr 7 do SIWZ, dokument stanowić będzie załącznik nr 14.6 do oferty”.

Wykonawca MPT w załączeniu do oferty złożył potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię „Oświadczenia” GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. o udostępnieniu zasobów potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, tj. MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (str. 36 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, iż „wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”. Z treści powyższego wynika, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w formie pisemnej, co – zgodnie z art. 78 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp – oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego. Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to w takiej formie dokument ten (zobowiązanie podmiotu trzeciego) winien być złożony. Tymczasem wykonawca MPT złożył wymagany dokument w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Tym samym zamawiający zobowiązany był wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu poprzez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w formie pisemnej.

Do zobowiązania podmiotu trzeciego nie mają bowiem zastosowania reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Reguły te znajdują zastosowanie wyłącznie do dokumentów, o których mowa

w tym rozporządzeniu. Tylko te dokumenty, których dotyczy rozporządzenie mogą być składane w formie kserokopii potwierdzanej, co do zasady przez wykonawcę, za zgodność z oryginałem. Rozporządzenie w sprawie dokumentów wśród dokumentów, których dotyczy, nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a tym samym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w rozporządzenia.

Również postanowienia SIWZ nie mogą wyłączać obowiązku nałożonego na wykonawcę ustawą. Oznacza to więc, iż uwaga zawarta w SIWZ, a dotycząca formy składanych dokumentów („dokumenty należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”), wbrew twierdzeniom zamawiającego, nie pozwala na złożenie oświadczenia o udostępnieniu zasobów w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę MPT, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu poprzez złożenie oświadczenia o udostępnieniu zasobów, a więc zobowiązania podmiotu trzeciego w formie pisemnej.

Nadto stwierdzić należy, iż uzupełnienie tego dokumentu, poprzez złożenie w toku postępowania przed Izłą jego oryginału nie wyczerpuje obowiązku nałożonego na wykonawcę przepisami ustawy Pzp. Dokument ten, składany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinien być bowiem złożony zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w sposób przewidziany przepisami ustawy Pzp.

### **Zarzut dotyczący braku umocowania do podpisania oświadczenia o udostępnieniu zasobów – zobowiązania podmiotu trzeciego nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż oświadczenie – zobowiązanie podmiotu trzeciego w imieniu podmiotu udostępniającego GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. podpisała Pani W. M. (str. 36 oferty).

W ofercie znajduje się także pełnomocnictwo z dnia 29 września 2014 r. udzielone Pani W. M. przez pana I. –J. L. E. – Członka Zarządu i Pełnomocnika Zarządu, występującego i reprezentującego spółkę akcyjną GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. z siedzibą w Madrycie. Dokument ten stanowi kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez MPTtechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (str. 33 – 35 oferty). Z treści pełnomocnictwa wynika, iż Pani W. M. zostało udzielone pełnomocnictwo „do wykonywania solidarnie w imieniu i jako przedstawiciel Spółki następujących czynności:

- I. Reprezentowania Spółki na terenie Polski przed osobami fizycznymi i prawnymi oraz wszelkimi innymi podmiotami, zarówno prywatnymi, jak i publicznymi, w zakresie

wszystkich czynności prawnych i faktycznych dotyczących negocjowania, zawierania, zmiany i rozwiązywania w imieniu Spółki umów handlowych, w tym w szczególności do:

a) przygotowywania, podpisywania, zmiany i rozwiązywania wszelkich umów koniecznych do wykonania zamówień wynikających ze złożonych przez Spółkę ofert, jak i innych umów pozostających w związku z wyżej wymienionymi umowami, których zawarcie okaże się konieczne.

II. Do reprezentowania Spółki na terenie Polski przy dokonywaniu wszelkich czynności prawnych i faktycznych związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówień publicznych, na każdym etapie postępowania, w szczególności do: (...)"

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Oświadczenie o udostępnieniu zasobów – zobowiązanie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę czy też osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie. Z treści pełnomocnictwa dla Pani W. M. wynika umocowanie do dokonywania wszelkich czynności prawnych i faktycznych w imieniu spółki (GMV SISTEMAS S.A.U.) związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówień publicznych i to na każdym etapie postępowania. Jedynie niektóre z tych czynności wymieniono przykładowo w treści pełnomocnictwa, używając w tym celu sformułowania „w szczególności”. Oznacza to więc, iż Pani W. M. umocowana jest do składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy w imieniu GMV SISTEMAS S.A.U. i to bez względu na to, jak słusznie podkreślał pełnomocnik wykonawcy MPT, czy o zamówienie ubiega się GMV SISTEMAS S.A.U. samodzielnie, czy też podmiot trzeci, z którym GMV SISTEMAS S.A.U. kooperuje w przetargu w ten czy inny sposób. A ponieważ oświadczenie woli – zgodnie z art. 65 § 1 k.c. – należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje uznać należy, iż wolą GMV SISTEMAS S.A.U. było aby Pani W. M. reprezentowała hiszpańską spółkę na terenie Polski. Tym samym Izba uznała, iż brak jest podstaw do uznania, iż Pani W. M. nie posiada stosownego umocowania do działania w imieniu GMV.

**Zarzut dotyczący braku dokumentów potwierdzających umocowanie osoby udzielającej pełnomocnictwa Pani W. M. potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wykonawca MPT w załączeniu do oferty złożył m.in.: kopię „Oświadczenia” GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. o udostępnieniu zasobów potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, tj. MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (str. 36 oferty) oraz kopię pełnomocnictwo udzielone Pani W. M. przez Pana I. – J. L. E. (str. 33-35 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty, co jest niewątpliwe, znajduje się pełnomocnictwo udzielone Pani W. M. przez Pana I. – J. L. E. reprezentującego spółkę GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. Brak jest natomiast dokumentów, z których by wynikało umocowanie dla Pana I. – J. L. E. do działania w imieniu tej spółki. Dlatego też Izba uznała, że zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, z których będzie wynikać umocowanie Pana I. – J. L. E. do działania w imieniu spółki GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut dotyczący nieprawidłowego poświadczenia za zgodność z oryginałem pełnomocnictwa dla Pani W. M. potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wykonawca MPT złożył m.in. kopię pełnomocnictwa udzielonego Pani W. M. przez Pana I. – J. L. E. (str. 33-35 oferty). Dokument ten został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, tj. MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

§ 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty”. Przepis ten reguluje sytuacje dotyczące poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy zasoby. Oznacza to, że poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem dokonuje wyłącznie osoba, której dany dokument dotyczy. Jeśli więc dokument dotyczy wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia poświadczenia dokonuje ten wykonawca, jeżeli zaś dokument dotyczy podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to poświadczenia dokonuje wyłącznie ten podmiot. Wynika to ze sformułowania „odpowiednio” użytego w treści tego przepisu. Skoro więc pełnomocnictwo dotyczy podmiotu udostępniającego zasoby to powinno zostać potwierdzone za zgodność z oryginałem przez ten podmiot. Tymczasem złożone pełnomocnictwo dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzone zostało za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, tj. MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą

w Słupsku, a więc podmiot nieuprawniony do dokonania tej czynności. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Dlatego też zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy MPT do uzupełnienia prawidłowo poświadczanego dokumentu

**Zarzut dotyczący braku wykazania realności udostępnienia zasobów finansowych nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 1, litera D podał m.in., że „jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, to do oferty należy dołączyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy (podmiotu trzeciego) – wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca MPT w załączeniu do oferty złożył Izba „Oświadczenie” – zobowiązania podmiotu trzeciego (str. 36 oferty), w treści którego wskazano, iż podmiot trzeci udostępnia wykonawcy MPT zasób w postaci „1.000.000 PLN”. Wykonawca ten złożył także zaświadczenie Bankia S.A., jednostki z siedzibą w Valencia, w treści którego stwierdzono, że GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. „dysponuje saldem w kwocie 627.682,20 euro (...)”. (str. 32 oferty)

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca MPT złożył „Oświadczenie” – zobowiązanie podmiotu trzeciego według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, załącznik nr 14.5 do oferty. W treści tego oświadczenia zamawiający wymagał wyłącznie „określenia zasobu”. Tak więc w pozycji 2 wykazu w odniesieniu do zasobu „sytuacja ekonomiczna i finansowa” podmiot udostępniający podał „1.000.000 PLN”. Załączył także zaświadczenie z banku dotyczące podmiotu udostępniającego zasób, tj. GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. Tym samym za pomocą tej właśnie informacji (informacji banku) wykazane zostało, że podmiot udostępniający GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. dysponował środkami w wymaganej przez zamawiającego wysokości w dniu, na które zostało ono wystawione. Zostało więc udowodnione, że środki w wysokości wymaganej przez zamawiającego zostaną wykonawcy MPT udostępnione na okres niezbędny do korzystania z nich przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Moc zobowiązującą ma oświadczenie podmiotu, który udostępnia swe zasoby i z niego wynika kwota, którą odwołujący będzie mógł dysponować jak własną na etapie wykonania zamówienia. Podmiot udostępniający zobowiązał się bowiem do udostępnienia swoich zasobów finansowych wykonawcy MPT, wskazując ich wysokość. Tym samym Izba uznała, że zasoby zostały realnie udostępnione.

Opinia banku została złożona formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Panią W. M., a następnie przez MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, a więc we właściwej formie. Pani W. M. jest bowiem osobą umocowaną do działania w imieniu podmiotu udostępniającego, w tym m.in. do poświadczania za zgodność oświadczeń i dokumentów pochodzących od podmiotu udostępniającego swe zasoby. Fakt, iż dokument ten poświadczył za zgodność z oryginałem także wykonawca nie powoduje jego nieprawidłowości, gdyż dokument ten poświadczyła przede wszystkim osoba umocowana do działania w imieniu podmiotu trzeciego, tj. udostępniającego GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do poświadczania należytego wykonania zamówienia (str. 9-10 oferty), który to dokument został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Panią W. M., a następnie przez MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku. I w tym przypadku stwierdzić należy, iż fakt, że dokument ten poświadczył za zgodność z oryginałem także wykonawca nie powoduje jego nieprawidłowości, gdyż dokument ten poświadczyła przede wszystkim osoba umocowana do działania w imieniu podmiotu trzeciego, tj. udostępniającego GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U., a mianowicie Pani W. M. .

**Zarzut dotyczący braku złożenia dokumentów przez podmiot udostępniający zasoby, mimo iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż z treści oświadczenia – zobowiązania podmiotu trzeciego (str. 36 oferty wynika, iż podmiot ten (GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U.) „zobowiązuje się oddać do dyspozycji ww. Wykonawcy (MPTechnology Sp. o.o. z siedzibą w Słupsku) następujące zasoby niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia (...) i oświadczam, że będę brał udział w realizacji zamówienia (...)”. Podmiot trzeci udostępnił wykonawcy MPT zasób w postaci:

„1.Wiedza i doświadczenie:

- wsparcie techniczne przy realizacji projektu
- wiedza i doświadczenie w zakresie przedmiotu zamówienia

2.Sytuacja ekonomiczna i finansowa:

-1.000.000 PLN.”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż podmiot trzeci oświadczył w treści zobowiązania, iż będzie brał udział w realizacji zamówienia. Treść oświadczenia wskazuje więc wyraźnie, że wykonawca MPT w trakcie realizacji zamówienia będzie korzystał z usług podmiotu, na którego wiedzę i doświadczenie się powołał. Udział podmiotu udostępniającego będzie miał charakter

wsparcia technicznego przy realizacji zamówienia. Będzie wsparciem merytorycznym, dotyczącym m.in. ustalenia szablonów czy też zakresu dokumentacji. Planowany udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego, tj. GRUPO MECANICA DEL VUELO SISTEMAS S.A.U. przyznał również wykonawca MPT w złożonym na rozprawie piśmie procesowym. A skoro tak wykonawca MPT zobowiązany był złożyć wraz z ofertą dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego. Zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów „jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 2b ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1 -3”. A ponieważ podmiot trzeci – co niezbieżnie wynika z treści złożonych dokumentów – będzie brał udział w realizacji tego zamówienia to wobec tego wykonawca MPT zobowiązany był i jest złożyć dokumenty potwierdzające, że w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą podstawy do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający zobowiązany jest więc wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut dotyczący nieprawidłowego podpisanego dokumentu „Wykaz głównych dostaw” potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż na stornie 8 oferty wykonawcy MPT znajduje się dokument „Wykaz głównych dostaw” podpisany przez Panią W. M. i opatrzony pieczętką „gmv” oraz poświadczony za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, tj. MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż „Wykaz głównych dostaw” to dokument składany w postępowaniu przez wykonawcę i jako taki powinien być podpisany przez osobę umocowaną do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy. Tymczasem dokument ten został podpisany przez Panią W. M. osobę umocowaną do działania w imieniu podmiotu udostępniającego, a nie wykonawcy. Pani W. M. nie posiada bowiem umocowania do działania w imieniu wykonawcy MPT. Tym samym wykonawca ten powinien być wezwany do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut zaferowania rażąco niskie ceny przez wykonawcę MPT nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 3.200.000, 00 zł.



W postępowaniu zostały złożone 4 oferty, tj. oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Comp (cena oferty netto – 3.200.000,00 zł, cena oferty brutto 3.936.000,00 zł); oferta nr 2 złożona przez wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach Comp (cena oferty netto – 3.098.000,00 zł, cena oferty brutto 3.810.540,00 zł); oferta nr 3 złożona przez wykonawcę SPRINT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (cena oferty netto – 4.195.993,50 zł, cena oferty brutto 5.161.072,01 zł) i oferta nr 4 złożona przez wykonawcę MPT (cena oferty netto – 2.516.387,02 zł, cena oferty brutto 3.095.156,03 zł).

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że cena oferty wykonawcy MPT nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30%. Tym samym zamawiający nie miał obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej kwestii rażąco niskiej ceny. Okoliczność tę przyznał i sam odwołujący w treści wniesionego odwołania. Niemniej jednak podniósł, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest na tak niskim poziomie, że nie pozwala na rentowną realizację przedmiotu zamówienia. Dokonał także zestawienia kosztów, które w jego ocenie, należało wycenić (podał bowiem wartości obowiązkowych elementów kosztorysowych). Jednak poza podaniem tych wartości i wskazaniem, iż ceny te (ceny wskazane przez niego) są realne, rynkowe i minimalne nie przedstawił żadnych dowodów je potwierdzających, mimo iż to na nim – zgodnie z art. 6 k.c. - ciąży taki obowiązek.

To wykonawca MPT, składając pismo procesowe w sprawie, przedstawił szczegółowe wyliczenie ceny oferty - zestawienie kosztów realizacji zamówienia. Wykazał przy tym, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż rzetelnie wyliczył wszystkie koszty wykonania tego zamówienia. Podał także koszt dodatkowej gwarancji na tablice oraz założony zysk (5%). Odniósł się również szczegółowo do wartości przedstawionych przez odwołującego, wykazując różnice pomiędzy jego zestawieniem kosztów a zestawieniem przedstawionym przez odwołującego. Podał także powody, dla których wartości te zostały tak różnie oszacowane. Niemniej jednak to odwołujący powinien był wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż cena oferty wykonawcy MPT jest rażąco niska, zwłaszcza, że w stosunku do ceny oferty tego wykonawcy nie zaistniały przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przesłanki, istnienie których skutkowałoby obowiązkowym wyjaśnieniem ceny oferty wykonawcy MPT. Niezależnie od powyższego wykonawca ten wykazał, iż jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez niego w tym postępowaniu. Tym samym Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia) przez wykonawcę Comp potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający, dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, wskazując, iż „uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 160 sztuk tablic w maksymalnie dwóch zamówieniach na ogólną kwotę minimum 5 mln złotych brutto”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani byli złożyć „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw (...) oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (...)”.

Wykonawca Comp złożył „Wykaz głównych dostaw”, w pozycji 1 którego wykazał „Projekt FUTAR dla BKK Budapeszt – obejmujący swym zakresem dostawę i instalację co najmniej 160 sztuk tablic” oraz w pozycji 2 „Projekt dla MVG (Mainzer Verkehrsgesellschaft mbH) – obejmujący swym zakresem dostawę i instalację co najmniej 80 sztuk tablic” (str.21 oferty). Do przedmiotowego wykazu wykonawca Comp dołączył certyfikat dotyczący pozycji 1 wykazu (str. 22-25 oferty) oraz referencje dotyczące pozycji 2 wykazu (str. 26-27 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu tablic. Pierwotnie warunek ten brzmiał inaczej. Zamawiający żądał bowiem od wykonawców doświadczenia w dostawie i instalacji tablic. Jednak w wyniku dokonanej modyfikacji warunek ten został zmieniony. Tym samym wykonawca Comp powinien był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu tablic, a nie dostawie i instalacji tablic. Ze złożonego przez tego wykonawcę „Wykazu głównych dostaw” nie wynika, że wykazane przez niego dostawy obejmowały wykonanie tablic. Nie można więc uznać, jak chce tego wykonawca Comp, że dostawa obejmuje także wykonanie tablic, jeśli informacja ta nie wynika ani z treści wykazu, ani też z treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wskazanej dostawy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Dlatego też zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

**Zarzut braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia) z uwagi na to, że certyfikat nie potwierdza należytego wykonania dostawy wskazanej w pozycji 1 „Wykazu głównych dostaw” nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku wiedzy i doświadczenia) wymagał, aby wykonawcy złożyli „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw (...) oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (...)”.

Wykonawca Comp złożył „Wykaz głównych dostaw”, w pozycji 1 którego wykazał „Projekt FUTAR dla BKK Budapeszt – obejmujący swym zakresem dostawę i instalację co najmniej 160 sztuk tablic”, dołączając certyfikat (str. 22-25 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Potwierdzenie należytego wykonania usługi nie może być rozumiane jako obowiązek użycia określonego zwrotu. Istotnym jest, aby z treści przedstawionego dokumentu wynikało, że świadczenie wykonawcy zostało wykonane zgodnie z normą art. 355 § 1 k.c. Skoro z treści certyfikatu wynika, iż usługi zostały zrealizowane zgodnie z wnioskami gospodarczymi, oznacza to, iż zostały one wykonane „w czasie rzeczywistym, zgodnym z wymaganiami i warunkami przedstawionymi w umowie”.

Z treści certyfikatu wynika także, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż zamówienie wskazane w nim faktycznie zostało wykonane. Świadczy o tym podanie w jego treści następujących informacji: „czasu wdrożenia (od –do): 1.6.2012 – 30.11.2014”, „czasu rozpoczęcia kontraktu: 1.6.2012” oraz „daty akceptacji: 30.11.2014”.

Dlatego też Izba stwierdziła, że i ten zarzut nie potwierdził się.

#### **Zarzut dotyczący braku dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie do udostępnienia zasobów potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wykonawca Comp w załączeniu do oferty złożył kopię „Oświadczenia” IVU Traffic Technologies AG o udostępnieniu zasobów, podpisane przez Panów: M. M. – E. i M. R. (str. 28 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W treści oferty, co jest niewątpliwe, znajduje się „Oświadczenie” do udostępnienia zasobów podpisane przez Panów: M. M. – E. i M. R. . Brak jest natomiast dokumentów, z których by wynikało umocowanie dla Panów: M. M.– E. i M. R. do działania w imieniu tej spółki. Dlatego też Izba uznała, że zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Comp do uzupełnienia dokumentów, z których będzie wynikać umocowanie Panów: M. M. – E. i M. R. do działania w imieniu spółki IVU Traffic Technologies AG. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

#### **Zarzut dotyczący braku wykazania realności udostępnienia zasobów (wiedzy i doświadczenia) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 1, litera D podał m.in., że „wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 7 do SIWZ, stanowiący załącznik nr 14.6 do oferty”

Wykonawca Comp w załączeniu do oferty złożył Izba „Oświadczenie” – zobowiązanie podmiotu trzeciego (str. 28 oferty), w treści którego wskazano, iż podmiot trzeci udostępni wykonawcy Comp zasób w postaci „wiedzy i doświadczenia” „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...) i nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wykonawca MPT złożył „Oświadczenie” – zobowiązania podmiotu trzeciego według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, załącznik nr 14.6 do oferty. Zamawiający wymagał w nim wyłącznie „określenia zasobu”. W odniesieniu do udostępnianego zasobu „wiedza i doświadczenie” podmiot udostępniający podał „sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia: konsultacje i doradztwo; okres wykorzystywania zasobów: cały okres realizacji zamówienia; charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym: umowa cywilno-prawna na konsultacje. IVU Traffic Technologies AG nie będzie podwykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych”. Podmiot udostępniający (IVU Traffic Technologies AG) oświadczył także, iż nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Z przedstawionego zobowiązania wynika więc, do czego podmiot trzeci się zobowiązał, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy Comp zasobów podmiotu trzeciego, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów, jak i jaki jest charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z tym innym podmiotem, jak również jaki jest zakres i okres udziału IVU Traffic Technologies AG przy wykonywaniu tego zamówienia. Tym samym w sposób oczywisty określono sposób wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego. Jeśli chodzi o charakter stosunku prawnego łączącego wykonawcę Comp z podmiotem udostępniającym w treści zobowiązania jednoznacznie wskazano, iż podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji tego zamówienia i będzie go łączyła z wykonawcą Comp jedynie umowa cywilno-prawna na konsultacje. Realność udostępnienia zasobu została udowodniona w sposób wymagany przez zamawiającego poprzez wypełnienie wymaganego załącznika do SIWZ, poprzez wskazanie, że zasób w postaci wiedzy i doświadczenia zostanie wykonawcy Comp udostępniony na okres niezbędny do korzystania

z nich przy realizacji przedmiotowego zamówienia i w sposób w nim wskazany. Tym samym Izba uznała, że zasoby zostały realnie udostępnione.

Nadto należy podnieść, iż skoro podmiot udostępniający – jak wynika z treści oświadczenia – nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia brak jest podstaw do żądania od tego podmiotu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla tego podmiotu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....