

Sygn. akt: KIO 1670/11

## WYROK

z dnia 22 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Małgorzata Stręciwilk  
**Członkowie:** Honorata Łopianowska  
Jolanta Markowska  
**Protokolant:** Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 22 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Technologii Elektronowej, Al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Technologii Elektronowej, Al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gildia Sp. z o.o., ul. Dworska 15B, 20-135 Lublin** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 1670/11**

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

Instytut Technologii Elektronowej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę 3 sztuk pieców rurowych do obróbki termicznej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 czerwca 2011 r. pod nr 2011/S 105-172117.

W postępowaniu tym wykonawca Gildia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 sierpnia lipca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego, o dokonaniu których informacja została przekazana Odwołującemu w dniu 26 lipca 2011 r.

W dniu 17 sierpnia 2011 r. przed Krajową Izbą Odwoławczą przeprowadzono posiedzenie z udziałem stron oraz rozprawę w przedmiotowej sprawie.

W związku z brakiem przedłożenia przez Zamawiającego do akt sprawy dokumentacji z postępowania w języku polskim – zgodnie z wymogiem § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) – Izba zobowiązała Zamawiającego do jej przedłożenia w tłumaczeniu na język polski i działając na podstawie § 27 ust. 1 wskazanego rozporządzenia odroczyła termin rozprawy do dnia 22 sierpnia 2011 r. godz. 13 min 00. We wskazanym terminie rozprawa została przeprowadzona.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

### **I. Stanowisko Odwołującego**

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Thetreon oraz Centrotherm, którzy nie wykazali, że brak jest wobec nich przesłanek do wykluczenia z ubiegania się o zamówienie;
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tethreon jako zawierającej rażąco niską cenę;
4. art. 7 ust. 1 w związku z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez rozdzielenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia Odwołującego, co ogranicza możliwość skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. dokonanie ponownej czynności oceny ofert;
3. odrzucenie oferty wykonawcy Tetreon jako zawierającej rażąco niską cenę;
4. w przypadku nieuwzględnienia żądania nr 3 wezwanie wykonawcy Tetreon do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
5. wykluczenia wykonawcy Centrotherm ze względu na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

Odnosząc się do czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania Odwołujący powołał się na § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który stanowi, że, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów. Wskazał, że podobnie brzmiące postanowienie zostało zapisane w rozdziale 7.4 SIWZ, skąd wynikało, że jedynie w przypadku uczestnictwa tych podmiotów w realizacji zamówienia, wykonawca jest

zobowiązany przedstawić dokumenty dotyczące tych podmiotów. Z tych też względów wezwanie do uzupełniania dokumentów skierowane do Odwołującego pismem z dnia 13 lipca 2011 r. należało rozmieść zgodnie z treścią powołanego rozporządzenia oraz SIWZ.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, aby z treści przepisów, bądź postanowień SIWZ wywnioskować w odniesieniu do oferty Odwołującego, że podmiot udostępniający swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia będzie brał udział w realizacji którejkolwiek części zamówienia, a w związku z tym, że Odwołujący powinien był przedstawić także dokumenty stwierdzające brak przesłanek do wykluczenia podmiotu trzeciego, udostępniającego potencjał. Takiego wniosku nie uzasadnia – jego zdaniem - zarówno literalna wykładnia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i utrwalona linia orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej.

Z ostrożności podkreślił, iż nawet w przypadku, gdyby Zamawiający miał prawo żądać od Odwołującego dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia z postępowania wobec podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał, nie stanowiłoby to jeszcze podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wskazał on, że po pierwsze, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie powinno być możliwie precyzyjne, wskazywać, o jakie dokumenty chodzi i w jakiej formie mają zostać przedstawione. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO i wskazał, że Zamawiający w piśmie, o którym mowa powyżej, w sposób wyraźny zażądał, aby Odwołujący uzupełnił jedynie wezwanie do udostępnienia potencjału oraz wykaz wykonanych dostaw wraz z referencjami, które to dokumenty Odwołujący przedstawił, natomiast nie żądał innych, wyspecyfikowanych dokumentów. Po drugie Odwołujący podniósł, że pouczenie o konieczności przedstawienia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, można interpretować jedynie, jako pewną informację. Gdyby nawet przyjąć, że Zamawiający był uprawniony do żądania od Odwołującego dokumentów dotyczących braku przesłanek wykluczenia w stosunku do podmiotów trzecich, to dopiero na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów mógł się ewentualnie pojawić obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia względem podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby Odwołującemu. Stąd też Odwołujący wywodził, że wykluczenie Odwołującego było przedwczesne. Odwołujący podniósł zatem, że jego wykluczenie nastąpiło z pominięciem instytucji uzupełniania dokumentów, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy Tetreon z rażąco niską ceną wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieprzystająca do warunków rynkowych. Cena zaoferowana przez wykonawcę Tetreon – według Odwołującego - była o przeszło połowę niższa od zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania.

Z ostrożności Odwołujący podniósł także, że wykonawca Tetreon nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z postępowania, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Wykonawca Tetreon złożył oświadczenie przed notariuszem, z treści którego wynika, iż nie ma zaległości podatkowych, oraz nie zalega z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne, nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, ani nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Odwołujący podkreślił, że w Wielkiej Brytanii można jednak uzyskać następujące zaświadczenia z:

- 1) Criminal Records Bureau – dotyczące niekaralności osób fizycznych i prawnych,
- 2) Insolvency Service – w zakresie likwidacji/upadłości,
- 3) Companies House – dokument rejestracyjny,
- 4) HM Revenue & Customs – w zakresie zaległości podatkowych oraz w składkach na ubezpieczenia społeczne.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że przynajmniej we wskazanym wyżej zakresie, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Tetreon do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że do oferty Tetreon nie załączono pełnomocnictwa, z którego wynikałoby umocowanie do reprezentowania wykonawcy Tetreon przez Pana J. J. Wskazał, że brak jest również jakiegokolwiek dokumentu, który wskazywałby osoby upoważnione do dokonywania czynności prawnych w imieniu spółki Tetreon Ltd., w tym udzielania pełnomocnictwa. Podkreślił także, że w tym zakresie Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dodał, że Zamawiający powinien dokonać wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których mowa powyżej, jedynie w przypadku, gdy uzna, że oferta wykonawcy Tetreon nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takim przypadku, jak była o tym mowa wyżej, oferta ta podlegałaby odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Centrotherm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającą wymaganiom zawartym w SIWZ. Jednocześnie wykonawca Centrotherm nie przedstawił dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący powołał się na § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce

zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia z postępowania, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Do oferty załączone zostało jedynie oświadczenie tego wykonawcy nie złożone przed notariuszem oraz zaświadczenie z niemieckiego urzędu skarbowego bez tłumaczenia na język polski. W Niemczech natomiast – według Odwołującego - wykonawca może uzyskać następujące zaświadczenia:

- 1) Wyciąg z HRB (odpowiednik KRS),
- 2) Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o braku zaległości podatkowych,
- 3) Zaświadczenie z Kasy Chorych (Krankenkasse) o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne,
- 4) Zaświadczenia o niekaralności dla osób fizycznych (Gewerbezentralregister lub Führungszeugnis) oraz dla osób prawnych (Gewerbezentralregister).

W związku z powyższym wskazał, że przynajmniej we wskazanym wyżej zakresie wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r. Zamawiający – na pytanie Odwołującego, czy czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej obejmuje swoim zakresem unieważnienie poprzedniej czynności wykluczenia Odwołującego - doprecyzował, iż dokonane 28 lipca 2011 r. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dotyczy jedynie tej czynności, nie zaś wykluczenia Odwołującego. Zgodnie zaś z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o swoim wyborze, wykonawców, których oferty zostały odrzucone, oraz wykonawców którzy zostali wykluczeni. Powołując się na wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 479/09), wskazał, że niedozwolone jest podjęcie decyzji przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty wcześniej niż dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zawiadamiając o tym fakcie niezgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Czynności te muszą mieć charakter równoczesny i tak wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty nie może mieć miejsca wcześniej niż wybór oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał rozłączenia tych czynności, unieważniając jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Doprowadziło to do sytuacji, w której środek odwoławczy na tę czynność – w okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego - nie będzie przysługiwał innym wykonawcom. Trzeba przy tym podkreślić, że Zamawiający nieprecyzyjnie określił

swoją czynność, co mogło spowodować, że wykonawcy, którzy zostali wykluczeni, bądź których oferty odrzucono, zaniechaliby wnoszenia środków ochrony prawnej, uznając, że czynność badania ofert zostanie powtórzona. W efekcie, postępowanie Zamawiającego naraziło ich na ryzyko nie dochowania terminów na wniesienie odwołania.

Odwołujący w toku rozprawy w dniu 17 sierpnia 2011 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Centrotherm na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie w toku rozprawy zarzuty, żądania i argumentację podtrzymał.

W toku rozprawy w dniu 22 sierpnia 2011 r. Odwołujący złożył dodatkowe wnioski dowodowe. Wniósł on o uzupełnienie materiału dowodowego na okoliczność, iż w Anglii wydawane są oficjalne dokumenty urzędowe potwierdzające niekaralność osób i podmiotu, niezaleganie z podatkami i składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz potwierdzające brak stanu likwidacji i upadłości co do firm angielskich, jaką jest firma Tetreon. W tym zakresie przedłożył do akt sprawy wydruk ze strony internetowej Criminal Records Bureau wraz z tłumaczeniem fragmentu przedkładanego wydruku pierwszej strony oraz przykładowy dokument wydany dla spółki Peek Traffic Ltd przez Brytyjski Urząd Skarbowy i Celny (HM Revenue & Customs) wraz z tłumaczeniem na język polski, jak również wydruk z rejestru firmy Tetreon Technologies Limited wraz z tłumaczeniem na język polski.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że ...

Zamawiający w toku rozprawy w dniu 17 sierpnia 2011 r. złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie zawarte w piśmie z dnia 16 sierpnia 2011 r. W piśmie tym wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Zasadność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownego jej przeprowadzenia.

Zdaniem Zamawiającego, po powzięciu wątpliwości w zakresie dokumentów załączonych do oferty Tetreon Technologies Ltd, która została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, Zamawiający był zobowiązany dokonać unieważnienia czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Zamawiającego czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia. W sytuacji, gdy po wyborze oferty stwierdzono, że zachodzi konieczność wyjaśnienia przesłanek złożenia przez Tetreon Technologies oświadczenia złożonego przed notariuszem w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.3 SIWZ zamiast dokumentów wymienionych w pkt 7.2.1. do 7.2.4 SIWZ, konieczne było unieważnienie czynności wyboru oferty ww. wykonawcy. Zamawiający wskazał na art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (powołał orzeczenie KIO, sygn. akt: KIO 159/11).

Zamawiający podkreślił, że dokonując ww. czynności unieważnienia czynności wyboru oferty Tetreon Technologies Ltd, działał w zgodzie z określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą zachowania uczciwej konkurencji, a także w zgodzie z wynikającym z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkiem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, oraz obowiązkiem wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) oraz obowiązkiem odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołał też orzeczenia KIO na potwierdzenie zasadności dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zaistniałej sytuacji.

- 2) Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp ewentualnie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (zarzut dotyczący rzekomo niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania).

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 13 lipca 2011 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie: zobowiązania do udostępnienia potencjału oraz wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami. W tym samym piśmie Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca polega na potencjale osób trzecich to jest zobowiązany, zgodnie z pkt 7.4 SIWZ, do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, również w odniesieniu do tych podmiotów. Wskazał na pkt 7.4 SIWZ, gdzie Zamawiający określił, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, dokumenty określone w pkt 7.1.1. i 7.2.1. (tj. w odniesieniu do podmiotu mającego siedzibę za granicą dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym podmiot ten ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu i składania ofert), oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia takiego podmiotu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca składa również w odniesieniu do tych podmiotów.



Zdaniem Zamawiającego podmioty trzecie muszą brać udział w realizacji części lub całości zamówienia wtedy, gdy udostępniają swoją wiedzę i doświadczenie wykonawcy. Zamawiający podzielił w tym zakresie stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. „*Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy -Prawo zamówień publicznych)*” oraz w orzeczeniach KIO np. sygn. akt: KIO 1333/10 oraz KIO 2451/10, w których wprost stwierdzono, że w sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia), zaś uczestnictwo to może przybrać dowolną formę, niekoniecznie musi to być forma podwykonawstwa.

Zgodnie z ww. stanowiskiem powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne – zdaniem Zamawiającego - wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Podkreślił, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c), nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Nie jest więc dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, iż znając treść złożonej przez Odwołującego oferty i wysoko specjalistyczny przedmiot zamówienia mógł ocenić, czy faktycznie podmiot udostępniający potencjał Odwołującemu będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że w samym oświadczeniu o udostępnieniu zasobów złożonym przez Tempres Systems B.V. podmiot ten wprost określił swój status jako „*partnera*” Gildii Sp. z o.o. w przedmiotowym przetargu zorganizowanym przez Zamawiającego. Powyższe oświadczenie potwierdza, zdaniem Zamawiającego - że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący polegał na zasobach Tempres Systems B.V. na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a Tempres Systems B.V. brać miał udział w realizacji ww. zamówienia. Z tych też względów Zamawiający był uprawniony i zobowiązany, aby w odniesieniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia żądać od

podmiotu trzeciego udostępniającego takie zasoby Odwołującemu ww. dokumentów i słusznie w wezwaniu z dnia 13 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do dostarczenia szeregu dokumentów, w tym oświadczenia o przekazaniu potencjału przez podmiot trzeci oraz załącznika nr 4 - wykaz wykonanych dostaw wraz z referencjami, które to dokumenty Odwołujący wskazał jako załączniki do oferty. W piśmie tym Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z pkt 7.4 SIWZ wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu (na co wskazywało w odniesieniu do Odwołującego wskazane w ofercie oświadczenie o przekazaniu potencjału przez podmiot trzeci oraz załącznika nr 4 - wykaz wykonanych dostaw wraz z referencjami) jest zobowiązany do złożenia stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do takich podmiotów. We wskazanym w tym piśmie terminie (do dn. 15.07.2011 r., godz. 12.00) ani również później Odwołujący takich dokumentów w odniesieniu do Tempres Systems B.V. nie przedstawił.

Zdaniem Zamawiającego w wezwaniu z dn. 13 lipca 2011 r. w sposób jednoznaczny określił on w swoim piśmie jakich dokumentów żądał od Odwołującego oraz jakich dokumentów żądał Zamawiający w odniesieniu do podmiotów udostępniających potencjał. Z uwagi na brak przedstawienia ww. dokumentów, mimo przedstawienia dokumentu potwierdzającego poleganie na zasobach wiedzy i doświadczenia Tempres Systems B.V. nie było możliwe – w ocenie Zamawiającego - zgodnie z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ponowne (drugie) wezwanie Odwołującego do przedstawienia dokumentów, o których mowa w pkt 7.4 SIWZ. Zamawiający wskazał, że dokonując ponownego wezwania Odwołującego do przedstawienia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia (tj. Tempres Systems B.V.) tych samych dokumentów, które wskazywał Zamawiający w wezwaniu z dnia 13 lipca 2011 r. (czyli dokonując czynności, która zdaniem Odwołującego powinna zostać przeprowadzona przez Zamawiającego), naruszyłby tym samym zasady określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie żądania Odwołującego – według Zamawiającego - prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Powyższe stanowisko poparł wskazując na orzecznictwo KIO. Podniósł też, że Odwołujący nie składał odwołania na treść pkt 7.4 SIWZ, a zatem mimo stawianych zarzutów Odwołujący zobowiązany był zastosować się do ww. wezwania Zamawiającego.

Powołując się na stanowisko doktryny dodatkowo Zamawiający wskazał, że nawet, jeżeli Odwołujący stwierdziłby, że Zamawiający przekroczył upoważnienie wynikające z przepisu art. 25 ustawy Pzp oraz wydanego na jego podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane tj. np. w przypadku żądania od Odwołującego przedłożenia w ofercie dokumentów, które zdaniem

Odwołującego nie są uznane za niezbędne do przeprowadzenia postępowania, to Odwołujący powinien egzekwować swoje prawo poprzez wniesienie środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. W przeciwnym razie Odwołujący, który nie przedłożył żądanych dokumentów albo skutecznie nie wnieśli środków ochrony prawnej, zostanie zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczony z postępowania, albo zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jego oferta zostanie odrzucona. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył odwołania na treść art. 7.4 SIWZ, zatem jego zarzut dotyczący bezzasadności żądania od Odwołującego w odniesieniu do Tempres Systems B.V. oświadczenia i dokumentów określonych w pkt. 7.4 SIWZ należy uznać za spóźniony.

Przy okazji Zamawiający wskazał też, że w sytuacji, gdy Odwołujący sam zaprzecza, aby podmiot udzielający mu wiedzy i doświadczenia miał być zaangażowany w realizację zamówienia, to tym samym Odwołujący przyznaje, że nie udowodnił, aby w przedmiotowym postępowaniu dysponował odpowiednimi zasobami, a tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu (powołał się na orzecznictwo KIO).

Co do rzekomej „nieprecyzyjności” samego wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 13 lipca 2011 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że jeżeli Odwołujący potraktowałby wezwanie Zamawiającego jako „nieprecyzyjne” to zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp powinien wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacje zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Jeśli zamawiający informację o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, tj. wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dostarczył Odwołującemu w dniu 13 lipca 2011 r., to dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności upływał w dacie 23 lipca 2011 r., zatem odwołanie w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

Zamawiający zwrócił też uwagę, że w postępowaniu doszło do unieważnienia wyboru oferty Tetreon Technologies Ltd, ale nie doszło do ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem z uwagi na powtórzenie wyboru oferty (co wiąże się z koniecznością podjęcia ponownej decyzji o wykluczeniu Odwołującego) należałoby uznać, że zaskarżenie czynności wykluczenia Odwołującego, mogłoby nastąpić dopiero po ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej.

- 3) Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp (zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawców Tetreon i Centrotherm).

Zdaniem Zamawiającego zarzut powyższy jest nieuzasadniony i przedwczesny. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na potrzebę wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu złożonych przez Tetreon Technologies LTD. Zamawiający wezwał w dniu 29 lipca 2011 r.

wykonawcę Tetreon w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Podkreślił, że aktualnie nie został dokonany przez niego ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, z uwagi na brak dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej przedwcześnie – w jego ocenie - było żądanie Odwołującego, aby wykluczyć wykonawcę Tetreon Technologies LTD.

Ponadto podkreślił, że zarzut jest bezzasadny i gołosłowny. Żądanie Odwołującego dotyczące wezwania wykonawcy Tetreon do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp opiera się – według Zamawiającego - na błędnym założeniu, że pan J. J. jest osobą reprezentującą w niniejszym postępowaniu tego Zamawiającego w zakresie dokonywania czynności prawnych. Zamawiający zwrócił uwagę, że oferta Tetreon została podpisana przez zupełnie inną osobę.

Odnosnie braku wykluczenia oferty wykonawcy Centrotherm, którego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zdaniem Zamawiającego, z uwagi na powyższe nie było zasadne dodatkowe wzywanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- 4) Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut rzekomego przedstawienia przez Tetreon oferty z rażąco niską ceną).

Ww. zarzut postawiony przez Odwołującego zdaniem Zamawiającego - jest gołosłowny. Wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Tetreon Technologies była zbliżona do szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Podkreślił, że na sfinansowanie zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 4.460.000 zł netto.

Zamawiający podniósł również, że ustawa Pzp, wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje samego pojęcia ceny „*rażąco niskiej*”. Nie definiują tego pojęcia również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej, zaś w doktrynie i orzecznictwie KIO przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „*rażący*” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny.

Zamawiający wskazał, że szacując wartość zamówienia dokonał analizy cen na analogiczne do przedmiotu zamówienia urządzenia nabywane w ostatnich latach przez partnerów naukowych Zamawiającego (w szczególności uniwersytety UCL, Louvain la Neuve (Belgia); EPFL, Lausanne (Szwajcaria); Uniwersytet Ilmenau (Niemcy) i podmioty nabywające podobne urządzenia w trybie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Przy szacowaniu wartości zamówienia brane były również pod uwagę znane Zamawiającemu ceny podobnych urządzeń, np. reaktory LPCVD (które *de facto* powinny być droższe od pieców rurowych, gdyż są urządzeniami o większym stopniu złożoności, ale

zbudowanymi w oparciu o podobne założenia technologiczne). Uwzględniając ww. czynniki oraz wysokość posiadanych środków finansowych (dofinansowanie z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego nr POIG.02.01.00-14-081/09-00 pt. Mikrosystemy i NanoTechnologie Elektroniczne dla Innowacyjnej Gospodarki MINTĘ) Zamawiający przyjął, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.460.000 zł netto. Oferta Tetreon była jedynie o 10% niższa od ww. kwoty. Jako dowód przywołał na tę okoliczność oświadczenie p. P. G. oraz ofertę na reaktor LPCVD wykorzystujący technologię taką jak w piecach rurowych i potwierdzającą, że jedno takie urządzenie kosztuje ok. 1.500.000 zł.

Z uwagi na powyższe cena zaoferowana przez Tetreon nie wzbudziła u Zamawiającego podejrzeń, aby była rażąco niska - nie była rażąco niska wobec szacowanej wartości zamówienia oraz cen rynkowych na podobne zamówienia. Podkreślił, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, co według wiedzy Zamawiającego nie występuje w niniejszej sprawie. W niniejszej sprawie - zdaniem Zamawiającego - to raczej cena zaoferowana przez Odwołującego była nadmiernie wygórowana, co spowodowało dużą różnicę w cenach ofert Tetreon i Gildia. Zdaniem Zamawiającego jedną z przyczyn różnic cenowych pomiędzy ofertą Tetreon Technologies Ltd i Odwołującego może być również fakt, iż Tetreon jest producentem zaoferowanego sprzętu, a Odwołujący jest pośrednikiem, oferującym sprzęt produkowany przez podmioty trzecie i nie posiadającym chociażby możliwości bezpośredniego serwisowania takiego urządzenia.

Zamawiający wskazał też, że ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to Zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jeśli zaś Zamawiający nie stwierdził rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne - czyli na Odwołującym (powołał się na orzecznictwo sądów powszechnych oraz orzecznictwo KIO). W niniejszej sprawie zaś Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu świadczącego o możliwości zaoferowania przez Tetreon Technologies Ltd ceny rażąco niskiej.

- 5) Bezzasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut rzekomego rozdzielenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Odwołującego).

Zamawiający podniósł, że zarzut ten jest dla niego niezrozumiały. Podkreślił, że pismem z dnia 26 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Tetreon Technologies Ltd., a także o odrzuceniu oferty Odwołującego, w związku z jego wykluczeniem. W związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o tym, że przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej wyjaśniona zostanie sprawa dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożonych przez Tetreon Technologies Ltd., tym samym Odwołujący poinformowany został o tym, że faktycznie dojdzie do ponownego badania ofert. Podkreślił, że wniesione wadium, które stanowią zabezpieczenie złożonych ofert, nie zostały zwrócone żadnemu wykonawcy, ani nie doszło do ich zatrzymania przez Zamawiającego, co potwierdza, że ponowny wybór oferty najkorzystniejszej wiązać się będzie z badaniem złożonych ofert i ewentualnym powtórzeniem czynności wykluczenia m.in. Odwołującego. Wskazał, że interpretacja Odwołującego, iż Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie środka odwoławczego na czynność ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej jest chybiona, a z pism Zamawiającego nie wynika, aby zamierzał on przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej pominąć czynności ponownego odrzucenia ofert Gildia sp. z o.o. oraz Centrotherm Thermal Solutions GmbH&Co KG, do czego zobowiązany jest bezpośrednio przez przepisy ustawy Pzp. Podkreślił też, że, jak już wyżej wskazano, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może tylko raz wezwać wykonawców do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, a zatem przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zobowiązany będzie ponownie odrzucić ofertę Odwołującego bez ponownego wezwania go do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów (wskazał na orzecznictwo KIO).

W toku rozprawy w dniu 22 sierpnia 2011 r. Zamawiający przedłożył do akt sprawy pisemny wniosek o dopuszczenie dodatkowych dowodów w sprawie z dokumentów, tj.:

- 1) oświadczenia firmy Tempres Systems wraz z tłumaczeniem potwierdzającego, że podmiot ten musi bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia i
- 2) oświadczenia Europejskiej Fundacji Naukowej wraz z tłumaczeniem na potwierdzenie, że p. G., który szacował wartość zamówienia, należy do grupy recenzentów ESF, co ma wskazywać na należytą staranność przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła 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.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, jak również zarzut związany z nieprawidłowymi pod względem formalnym czynnościami Zamawiającego związanymi z rozdzieleniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia wykonawców i odrzucenia ich ofert. Powyższe zarzuty - zdaniem Izby – w sposób bezpośredni wpływają na sytuację Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związaną z wyborem jego oferty, a tym samym pozyskaniem przez Odwołującego danego zamówienia. Określone, zaskarżone przez Odwołującego, czynności wprost pozbawiają tego wykonawcę możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała odwołanie za zasadne.

Podstawą uwzględniania odwołania był zarzut bezpodstawnej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że wykonawca ten nie przedłożył określonych podmiotowych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, z którego potencjału wiedzy i doświadczenia wykonawca ten korzystał w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba – z uwagi na oświadczenie Odwołującego o wycofaniu zarzutu odnoszącego się do wykonawcy Centrotherm – uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zarzut pozostawiła bez rozpoznania.

Dla podjęcia przedmiotowego rozstrzygnięcia w sprawie Izba, biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia złożone w tym przedmiocie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SIWZ w pkt 6 opisał warunki udziału w postępowaniu konieczne do spełnienia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zamawiający wpisał też dla wykonawców możliwość powoływania się w tym zakresie na potencjał podmiotów trzecich. W pkt 7.1 i 7.2 SIWZ Zamawiający określił katalog niezbędnych dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W pkt 7.3 SIWZ Zamawiający wprowadził wymóg adekwatny do dyspozycji § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwane dalej: „*rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”, odnoszący się do możliwości złożenia przez wykonawców zagranicznych zamiast oficjalnego dokumentu oświadczenia złożonego przed notariuszem lub właściwym organem. W pkt 7.4 SIWZ Zamawiający natomiast, posiłkując się § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, określił wymogi złożenia określonych dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na którego potencjał w postępowaniu przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dany wykonawca będzie się powoływał. Zamawiający wymienił tam oprócz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia także dokumenty, które przywołał w pkt od 7.2.1 do 7.2.4 SIWZ. W pkt 8 SIWZ Zamawiający określił wymóg dotyczący ewentualnego podwykonawstwa. Wskazał, że w przypadku przewidywanego podwykonawstwa, Zamawiający żąda wskazania w ofercie tych części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom, zaś brak złożenia informacji w tym przedmiocie Zamawiający będzie traktował jako zamiar wykonania zamówienia przez wykonawcę samodzielnie.

Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę 4 460 000,00 zł, co stanowi 1 161 760,87 euro (pkt 2.2. protokołu postępowania (druk ZP-PN). Jak wynika z pkt 8 protokołu z postępowania Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podał: 5 485 800 zł brutto (z protokołu nr 82/2011 z dnia 12 lipca 2011 r. wynika, że jest to kwota 4 460 000,00 zł netto).

Do upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu (12 lipca 2011 r. godz. 10.00.) – jak wynika z zestawienia ofert zawartego w pkt 9 protokołu postępowania - w postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) Centrotherm Thermal Solutions GmbH & Co. KG z siedzibą w Niemczech z



ceną: 11 292 236,40 zł brutto (tj. 3 971 872,30 zł netto);

- 2) Tetron Technologies Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii z ceną: 4 885 402,93 zł brutto (tj. 3 971 872,30 zł netto);
- 3) Gildia Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie z ceną: 12 373 699,14 zł brutto (tj. 10 059 918,00 zł netto).

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2011 r., powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego, do uzupełnienia następujących dokumentów: zobowiązania do udostępnienia potencjału oraz wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami. Zamawiający poinformował również, że zgodnie z pkt 7.4 SIWZ, jeśli wykonawca przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na potencjale osób trzecich, jest zobowiązany do przedstawienia dokumentów o braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec tych podmiotów.

Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 13 lipca 2011 r. przedłożył oświadczenie firmy Tempres System B.V. z dnia 11 lipca 2011 r. o oddaniu do dyspozycji Odwołującego potencjału wiedzy i doświadczenia na czas niezbędny do wykonania powyższego zamówienia oraz wykaz dwóch wykonanych dostaw z dwoma referencjami.

Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego, ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie przedstawił on dokumentów potwierdzających, iż wobec podmiotu trzeciego, udostępniającego potencjał Odwołującemu, nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Informacja o powyższym została zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 26 lipca 2011 r., przekazanym Odwołującemu w polskiej wersji językowej zaś pozostałym dwóm wykonawcom składającym swoje oferty w postępowaniu (Centrtherm Thermal Solutions GmbH & Co KG z siedzibą w Niemczech i Tetreon Technologies Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii) w anglojęzycznej wersji językowej. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Tetreon, jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu oraz o odrzuceniu oferty trzeciego wykonawcy Centrotherm, gdyż w czasie weryfikacji oferty okazało się, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania wymogów wskazanych w SIWZ w zakresie testów akceptacyjnych.

W piśmie z dnia 28 lipca 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, o tym, że w związku z wystąpieniem nowych okoliczności dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców, Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzi ją ponownie, a o wynikach powtórzonej czynności wykonawcy zostaną poinformowani odrębnie. W związku z powyższym Odwołujący w piśmie z dnia 2 sierpnia 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem zawierającym zapytanie, czy czynność unieważnienia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej dotyczy również czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia oferty Centrotherm. W piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 r. Zamawiający udzielił Odwołującemu odpowiedzi na wskazane zapytanie, informując, że powtórzona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczy wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożonych przez firmę Tetreon, a o wynikach powtórzonej czynności Odwołujący zostanie poinformowany odrębnym pismem.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2011 r. zwrócił się do wykonawcy Tetreon, o wyjaśnienia dotyczące złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.2.1 – 7.2.4 SIWZ, wskazując na podstawę prawną - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazał jednocześnie, że niektóre z dokumentów określonych we wskazanych punktach SIWZ wydawane są w kraju reprezentacji firmy Tetreon. Zamawiający wskazał też na pkt 7.3 SIWZ, gdzie opisano sytuację, w której wykonawca może złożyć oświadczenie zamiast oficjalnych dokumentów.

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2011 r. wykonawca Tetreon przekazał Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, wskazując, że Brytyjski Rejestr Karny zajmuje się wyłącznie sprawdzaniem osób dorosłych pracujących z dziećmi lub osobami znajdującymi się w trudnej sytuacji. Rejestr ten nie przekazuje informacji dotyczących zakładów produkcyjnych (załączono strony wydruk ze strony internetowej). Wykonawca ten wskazał także, że przedsiębiorstwa brytyjskie podlegają regulacji Companies House (brytyjski urząd ds. rejestracji spółek). Wyjaśnił też, że dokument z tego rejestru przedstawiony był notariuszowi przed złożeniem oświadczenia, które zostało przedłożone w ofercie Zamawiającemu. Podkreślił, że status spółki zarejestrowanej w Anglii i Walii osoba trzecia może sprawdzić składając wniosek za pośrednictwem strony internetowej Companies House, posługując się nazwą spółki lub jej numerem rejestracji. Wykonawca ten załączył także poświadczoną kopię zaświadczenia o rejestracji spółki Tetreon.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie miał prawa do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu braku przedłożenia przez tego wykonawcę dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, tj. firmy Tempres System B.V., na której potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawca powoływał się w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby dokumenty, których Odwołujący w wyniku formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiającemu nie przedłożył, a dokumenty odnoszące się do sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego, w niniejszym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść oferty Odwołującego oraz treść zobowiązania podmiotu trzeciego, nie musiały być składane przez Odwołującego. Takiego wymogu nie nakładają na

wykonawcę obowiązujące przepisy prawa, jak również nie nakładały w żaden sposób postanowienia SIWZ

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 wskazanego rozporządzenia. Analogiczne postanowienie w tym zakresie znalazło się w niniejszym postępowaniu w postanowieniach SIWZ w pkt 7.4. Niesporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było to, że określone dokumenty podmiotowe dotyczące podmiotu trzeciego, tj. firmy Tempres System B.V., nie zostały przez Odwołującego przedłożone. Wykonawca ten w wyniku wezwania Zamawiającego przedłożył jedynie oświadczenie tego podmiotu – zobowiązanie do udostępnienia swojego potencjału.

Sporną kwestią okazało się natomiast to, czy w tym zakresie Zamawiający sformułował w ogóle wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego, że formalne wezwanie do Odwołującego w tym przedmiocie zostało skierowane w piśmie z dnia 13 lipca 2011 r. Treść tego pisma wyraźnie wskazuje, że Zamawiający, powołując się literalnie na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów, dotyczących spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, które w ofercie nie zostały w ogóle złożone. W tym zakresie Zamawiający także wyraźnie odwołał się do postanowień pkt 7.4 SIWZ, odnoszącego się do konieczności przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego. Na podstawie treści tego wezwania nie trudno jest stwierdzić – wbrew wywodom Odwołującego - że Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełniania dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Wykonawca mógł w tym zakresie zatem przedłożyć wykaz dostaw z powołaniem się na własne doświadczenie lub doświadczenie podmiotu trzeciego. W sytuacji zaś powołania się na potencjał podmiotu trzeciego generalnie, pomijając szczególny stan faktyczny przedmiotowej sprawy, należałoby na podstawie wezwania do uzupełniania dokumentów złożyć wszystkie niezbędne w tym zakresie dokumenty, w tym także dokumenty podmiotowe dotyczące tego właśnie podmiotu. Wezwanie w tym przedmiocie było zatem czytelne.

Niezależnie jednak od powyższego wskazać należy, że w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazania na postanowienia pkt 7.4 SIWZ Zamawiający, przywołując postanowienia tego punktu nieco zmodyfikował je w treści tego wezwania w stosunku do faktycznej treści tego punktu SIWZ. Zamawiający bowiem w wezwaniu z dnia 13 lipca 2011 r. wskazał, że zgodnie z pkt 7.4 SIWZ, w przypadku gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, jest zobowiązany do złożenia

stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, również w odniesieniu do tych podmiotów. Zamawiający, formułując treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, pominął istotną część wskazanego postanowienia SIWZ zawartego w pkt 7.4 SIWZ, odpowiadającego regulacji § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Mianowicie w wezwaniu został pominięty ważny warunek, wskazujący na konieczność przedłożenia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych, odnoszących się do podmiotu trzeciego, tylko w sytuacji, jeśli podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca powołuje się, będzie brał udział w realizacji części zamówienia. W ocenie Izby powyższego nie można w żaden sposób traktować jako zamiany wskazanego postanowienia SIWZ. Powyższe byłoby niedopuszczalne tak z uwagi na etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu składania ofert), jak i ze względu na powszechnie obowiązujący w tym zakresie przepis prawa, którego Zamawiający nie może zmieniać wbrew jego literalnemu brzmieniu w konkretnym postępowaniu. Skoro zatem zarówno wskazany przepis prawa (§ 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów), jak i postanowienia SIWZ, wskazują na możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na którego potencjał - stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - wykonawca powołuje się, jedynie w sytuacji, gdy ów podmiot będzie brał udział w relacji zamówienia, Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, weryfikując spełnianie warunków podmiotowych przez wykonawcę, tych postanowień nie może zmienić.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że wykonawca po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów powinien był kwestionować tę czynność Zamawiającego, zaś obrona Odwołującego od skutków nieuzupełnienia tych dokumentów aktualnie jest spóźniona z punktu widzenia wnoszenia środków ochrony prawnej, Izba nie zgadza się z takim stanowiskiem Zamawiającego. Izba wyraża pogląd, iż podstawową czynnością, którą wykonawca ma uprawnienie kwestionować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniem oferty i wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Wykonawca, wykonując wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie miał pewności, w jaki sposób Zamawiający dokona oceny tych uzupełnionych dokumentów. Na wcześniejszym etapie postępowania nie miał on podstaw do przypuszczeń, że Zamawiający wykluczy go z udziału w postępowaniu. Dopiero faktyczna czynność wykluczenia go z postępowania spowodowała powstanie po stronie Odwołującego uszczerbku w jego interesie, wyrażającym się w chęci uzyskania przedmiotowego zamówienia. Samo wezwanie do uzupełniania dokumentów, choć w pewnym sensie wadliwe, ostatecznie nie zamykało Odwołującemu drogi do uzyskania zamówienia. Stąd też, nie negując prawa wykonawcy do zaskarżenia w trybie środków ochrony prawnej każdej czynności Zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, a więc także skierowania do wykonawcy wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art.

26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża pogląd, że wykonawca ma w pełni uzasadnione prawo do zaskarżenia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, nawet jeśli ta czynność poprzedzona jest formalnym wezwaniem do uzupełniania dokumentów, których ocena przez Zamawiającego będzie narażała wykonawcę na uszczerbek w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia.

Odnosząc się do meritum sprawy, Izba uznała – uwzględniając okoliczność, iż treść oferty Odwołującego, jak również uzupełnione przez niego dokumenty, nie pozwalają na uznanie, że podmiot trzeci, na którego potencjał Odwołujący powołuje się, będzie brał udział w realizacji zamówienia – że brak było podstaw do żądania od Odwołującego dokumentów podmiotowych, odnoszących się do firmy Tempress System B.V., a tym samym też brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z tego powodu.

Postanowienia SIWZ, przywołane w ustaleniach faktycznych w przedmiotowej sprawie, określały zasady związane z powierzeniem realizacji zamówienia innym podmiotom. Zamawiający wprost wskazał, że sytuację braku złożenia w ofercie wykonawcy oświadczenia o powierzeniu całości lub części zamówienia innym podmiotom, będzie traktował jako oświadczenie wykonawcy o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia. W ofercie Odwołującego takiego oświadczenia o podwykonawstwie nie złożono, powyższe zatem oznacza, że wykonawca ten samodzielnie zrealizuje dostawę stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia na rzecz Zamawiającego, zgodnie wymogami SIWZ. Także oświadczenie firmy Tempress System B.V., złożone przez Odwołującego, nie wskazuje na fizyczny udział w realizacji zamówienia przez tę właśnie firmę. Z treści tego oświadczenia wynika tylko tyle, że firma Tempress System B.V. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Odwołującego swojej wiedzy i doświadczenia na czas niezbędny do wykonania powyższego zamówienia. Powyższe odpowiada wymogom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który to przepis pozwala na skorzystanie przez wykonawcę przy ocenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi udostępnionymi mu zasobami przy realizacji zamówienia. Jeden z dowodów został w tym zakresie jako przykładowy wskazany wprost we wskazanym przepisie ustawy Pzp – mianowicie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Ustawodawca określił, że to zobowiązanie ma potwierdzać oddanie do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten wskazuje więc na konieczność oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów w toku relacji zamówienia, co nie musi oznaczać konieczności fizycznego wykonywania części, bądź całości zamówienia przez ten właśnie podmiot trzeci (podwykonawstwo). Istotne w tym przypadku jest to – i to niezależnie od rodzaju udostępnionego wykonawcy potencjału, ponieważ wskazany przepis ustawy tego nie rozróżnia - aby określony, udostępniany wykonawcy potencjał mógł być wykorzystany

przy realizacji zamówienia. Znany jest pogląd, wyrażany także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że w przypadku udostępniania zasobów wiedzy i doświadczenia korzystanie z tego potencjału określonej firmy możliwe jest – oprócz faktycznego podwykonawstwa, także poprzez różnego rodzaju doradztwo, podzielenie się z wykonawcą posiadaną wiedzą odnośnie stosowania określonych technologii, sposobów wykonania zamówienia itp. (patrz: wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1482/11, wyrok z dnia 9 lipca 2010 r. sygn. akt: KIO 1265/10, czy wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt: KIO XIX Ga 92/11)

Tak więc istotną wskazanego przepisu – art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – jest możliwość korzystania przez wykonawcę w czasie realizacji zamówienia z udostępnianych zasobów, a nie bezwzględna konieczność – jak wskazywał Zamawiający, powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych przy udostępnianiu wiedzy i doświadczenia - fizycznego udziału podmiotu trzeciego w realizacji tego zamówienia. Izba przychyliła się do opinii, że najbardziej optymalną i wyrazistą sytuacją odzwierciedlającą udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego jest faktyczne powierzenie podmiotowi trzeciemu do fizycznej realizacji części zamówienia, ale nie jest to jedyna możliwość, w świetle literalnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która ma pierwszeństwo w systemie prawa.

Z inną sytuacją spotykamy się natomiast w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepis ten odnosi się do nieco innej kwestii. Nie dotyczy on wprost możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przez wykonawcę, ponieważ ta kwestia została uregulowana w przywołanym przepisie ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b). Przywołany § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów odnosi się do kwestii związanej z możliwością podmiotowej weryfikacji - w oparciu o określone podmiotowe dokumenty - właśnie podmiotu trzeciego, na którego potencjał wykonawca powołuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie tych dokumentów w odniesieniu do podmiotu trzeciego związane jest wyłącznie z sytuacją, w której podmiot ten (podmiot trzeci) będzie brał udział w realizacji zamówienia. Wskazany przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów odnosi się do przywołanej powyżej, najbardziej optymalnej sytuacji, w której podmiot trzeci funkcjonuje w ofercie wykonawcy nie tylko jako podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał, który (potencjał, a nie podmiot trzeci) będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia, ale również jako podmiot, który formalnie wykonuje jakąś część zamówienia.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udostępnieniem wykonawcy (Odwołującemu) przez podmiot trzeci (firma Tempres System B.V.) potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w okresie realizacji zamówienia (wypełnienie dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), a nie mamy do czynienia sytuacją, w której podmiot trzeci będzie wykonawcą części, czy też całości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia (brak wypełnienia dyspozycji § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Z tych też względów Izba uznała, że niezasadnym było żądanie od Odwołującego przedstawienia określonych dokumentów podmiotowych, odnoszących się do firmy Tempres System B.V., na której potencjał Odwołujący w celu wykazania się spełnianiem warunku wiedzy i doświadczenia powoływał się.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający, wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznając jego ofertę za odrzuconą, dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w związku z powyższym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że powyższe, stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu za odrzuconą ofertę wykonawcy, który powinien być brany pod uwagę w toku czynności badania i oceny ofert przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tych też względów w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie należało uwzględnić.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Tetreon Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący, podnosząc wskazany zarzut ani w odwołaniu, ani w toku całego postępowania odwoławczego, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego – jedynie gołosłownego – twierdzenia w tym względzie. Tymczasem – zgodnie z dyspozycją art. 6 k.c. - to na podmiocie, który z określonego faktu (wskazanie w ofercie Tetreon ceny na określonym, rażąco niskim, poziomie) wywodzi określone skutki prawne (konieczność odrzucenia oferty Tetreon), spoczywa ciężar dowodowy. Zadaniu temu nie sprostał Odwołujący, stąd też rolą Izby było oddalenie zarzutu rażąco niskiej ceny jako oczywiście bezzasadnego, w szczególności w sytuacji gdy Zamawiający wartość szacunkową zamówienia oszacował na poziomie kwoty: 4 460 000 zł, zaś zaskarżona oferta pod kątem rażąco niskiej ceny wynosiła: 3 971 872, 30 zł netto.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Tetreon z powodu nie przedłożenia przez niego właściwych dokumentów urzędowych potwierdzających okoliczności braku zaległości podatkowych, w zakresie składek na ubezpieczenia społeczne oraz okoliczność, że nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, jak też nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, Izba uznała, że Odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu tego zarzutu.

Czynność wyboru oferty firmy Tetreon – jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 28 lipca 2011 r. - została przez Zamawiającego unieważniona. Unieważnienie to nastąpiło właśnie z tego powodu, że w ofercie Tetreon stwierdzono - w kwestionowanym przez

Odwołującego zakresie - określone braki i poproszono tego wykonawcę o wyjaśnienie tych okoliczności. O unieważnieniu tej czynności Odwołujący został poinformowany niezwłocznie, po przekazaniu wykonawcom informacji o wynikach postępowania i przed upływem terminu na złożenie odwołania, a także przed faktycznym złożeniem przez Odwołującego odwołania do Izby. Odwołujący – jak wynika z jego pisma do Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2011 r. - nie miał wątpliwości, że czynność samego wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Tetreon) została przez Zamawiającego unieważniona. Wątpliwości Odwołującego dotyczyły wyłącznie tego, czy czynnością Zamawiającego z dnia 28 lipca 2011 r. objęte zostało także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Centrotherm. Nawet, gdyby jednak uznać, że Odwołujący na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 28 lipca 2011 r. mógł mieć jakieś wątpliwości, czy czynność wyboru oferty Tetron została unieważniona - z czym Izba się nie zgadza – to na zapytanie Odwołującego z dnia 2 sierpnia 2011 r. Zamawiający, przed upływem terminu na złożenie przez tego wykonawcę odwołania i faktycznym jego złożeniem, wyraźnie wskazał Odwołującemu, że powtórzona przez niego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dotyczy właśnie braków w ofercie Tetreon co do dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W momencie składania odwołania Odwołujący zatem miał wiedzę co do tego, że Zamawiający uznał swój wybór oferty Tetreon za wadliwy i dokonał jego unieważnienia, przystępując do czynności ponownego badania tej oferty. Tym samym zatem podnoszenie zarzutów odwołania wobec czynności Zamawiającego, która w momencie składania odwołania nie istniała już w tym postępowaniu, Izba uznała za nieuprawnione z punktu widzenia oceny interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie, w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odmienna w tym zakresie była ocena Izby dokonana powyżej, przy rozpoznaniu zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Izba stwierdziła, że Odwołujący miał interes w podnoszeniu tego zarzutu. Podstawą takiej oceny Izby było ustalenie, że Zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, co można było wywodzić z jego pism skierowanych do Odwołującego – z dnia 28 lipca 2011 r. i z dnia 4 sierpnia 2011 r. W pismach tych Zamawiający wyraźnie wskazywał na unieważnienie przez siebie wyłącznie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający w szczególności w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 r., na wyraźne zapytanie w tej kwestii skierowane przez Odwołującego, określił zakres powtarzanych czynności wyłącznie do oferty najkorzystniejszej w kontekście weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Tetreon. Tym samym wobec braku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wykonawca ten miał prawo bronić swojej sytuacji w postępowaniu, związanej z możliwością pozbawienia go szans uzyskania niniejszego zamówienia.



Odnosząc się do zarzutu związanego z brakiem jednoczesnego poinformowania Odwołującego w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, Izba oceniła, że poprzez unieważnienie przez Zamawiającego w dniu 28 lipca 2011 r. wyłącznie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a pozostawienie jako ważnej wcześniejszej czynności (z dnia 26 lipca 2011 r.) odrzucenia oferty Centrotherm i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, faktycznie doprowadziło to do sytuacji, w której w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nastąpiło praktyczne rozdzielanie jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty i wykluczeniu z postępowania, co wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe, stwierdzone przez Izbę naruszenie, nie było jednak podstawą uwzględnienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. To naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego nie może mieć bowiem istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, który dopiero nastąpi, ani też na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, która to czynność została przez Odwołującego skutecznie zaskarżona w związku z podniesieniem odrębnego zarzutu bezpodstawnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Tak więc w tym przypadku powyższe naruszenie nie ograniczyło też Odwołującemu możliwości skutecznego składania środków ochrony prawnej.

Izba dodatkowo zwraca uwagę na to, że nie dokonywała oceny prawidłowości czynności Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2011 r. polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień przez Tetreon i odpowiedzi udzielonej w tym zakresie przez tego wykonawcę, ponieważ czynności te nie podlegały formalnemu zaskarżeniu przez Odwołującego

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosowanie do wyniku postępowania, obciążając nimi Zamawiającego. Izba uwzględniła w tym zakresie – zgodnie z obowiązującymi przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt spraw przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....