Sygn. akt: KIO 460/13

Sygn. akt: KIO 463/13

Odpis wyroku

URBIS Sp. z o.o.
18. KWI. 2013
2407

WYROK
z dnia 21 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Emil Kawa
Piotr Kozłowski

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu **1 marca 2013 r.** przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**

B) w dniu **1 marca 2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **URBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, ul. Chrobrego 24/25, 62-200 Gniezno**

przy udziale:

A) wykonawcy **CONTROL PROCESS SA z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 460/13 i 463/13 po stronie zamawiającego;

B) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 460/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.

A. **Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 460/13.**

B. **Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 463/13.**

2.

A. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

B. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia** na rzecz wykonawcy **CONTROL PROCESS SA z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....

Na oryginale właściwy podpis.

Za zgodność

WZ. PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik

Sygn. akt: KIO 460/13

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

Zamawiający **URBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, ul. Chrobrego 24/25, 62-200 Gniezno** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Kontrakt nr 2 „Projekt i Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Lulkowo" realizowanego w ramach Projektu pn.: „System unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla gmin objętych Porozumieniem wraz z budową Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Lulkowie"«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **04.09.2012 r.** pod nrem 2012/S 169-279855.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.02.2013 r.** o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Control Process;
2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, gdyż treść oferty w części technicznej nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **01.03.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

1) odrzucenie oferty odwołującego;

2) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę – Control Process SA z siedzibą w Krakowie, dalej „Control Process".

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „specyfikacja";

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, która to niezgodność nie powoduje istotnych zmian w treści oferty;

3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

4) (z ostrożności) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji

4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty, a w tym – ewentualnie – nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego lub wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na fakt, że odwołujący w złożonej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w pełni zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji.

Odwołujący złożył wraz z ofertą, zgodnie z wymogiem zamawiającego określonym w ust. 14.3 pkt 1 lit. j specyfikacji, ofertę techniczną oświadczając jednocześnie, że wszystkie wymagania określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) zostaną spełnione.

Z uwagi na wniosek złożony przez odwołującego na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp o wyłączenie jawności rozprawy w całości, z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) część uzasadnienia nie może być jawna, gdyż należy ją traktować jako część zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Odwołujący w zakresie odwołania przedstawił argumenty dotyczące:

a) szerokości taśmy przenośnika sortowniczego – odwołujący zarzucił zamawiającemu, że natykając się w ofercie odwołującego na odstępstwa od specyfikacji nie poprawił w ofercie tego miejsca, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
b) rysunku dotyczącego wstępnej koncepcji przejść, podestów i schodów, gdzie już na etapie oferty powinny być przedstawione koncepcje usytuowania tych elementów i mimo braku jednego z nich, a więc niezgodności z wymaganiami na str. 71 PFU – odwołujący zarzucił zamawiającemu, że natykając się w ofercie odwołującego na odstępstwo od PFU nie poprawił w ofercie tego miejsca, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
c) rysunku przenośnika i z podaniem jednego wymiarów innego niż wymagania zamawiającego określonego w specyfikacji – odwołujący zarzucił zamawiającemu, że natykając się w ofercie odwołującego na odstępstwo od specyfikacji nie zmierzył odpowiedniego odcinka linijką z podziałką milimetrową i nie pomnożył uzyskanych w ten sposób danych przez skalę opracowanego rysunku, aby uzyskać właściwy wymiar i poprawić go, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
d-f) innych elementów oferty, które to argumenty zamawiający przyznał w toku postępowania, a Izba uznała, że przyznanie nie budzi wątpliwości do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **01.03.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **04.03.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **04.03.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Wykonawca Control Process z siedzibą w Krakowie **06.03.2013 r.** złożył: (1) Prezesowi KIO z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawca PBG i E EGBUD sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia **07.03.2013 r.** złożył: (1) Prezesowi KIO z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także trzech dowodów złożonych przez odwołującego z wyłączeniem jawności * – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, dalej „specyfikacja" oraz zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, która to niezgodność nie powoduje istotnych zmian w treści oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi: »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego przedstawił 6 przesłanek odrzucania oferty, a odwołujący je zakwestionował składając odwołanie i szczegółowo odnosząc się do każdej przesłanki w lit. A-F swojego odwołania.

Ad lit. A.

Z oferty odwołującego – mimo postanowienia zawartego w specyfikacji, że szerokość taśmy przenośnika sortowniczego musi wynosić od 1 000 do 1 200 mm – wynikał, że odwołujący zaoferował taśmę o innej szerokości. Odwołujący przedstawił dowody, że producent urządzeń, z którym odwołujący współpracuje wytwarza przenośniki o żądanych w specyfikacji parametrach i zamawiający miałby podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz poprawienia w ofercie tego elementu, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która to omyłka nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Wielkość zmiany szerokości sięgająca nawet kilkadziesiąt procent zaoferowanej taśmy przenośnika, zdaniem składu orzekającego Izby, nie może być uznana za nadmierną, gdyż w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie ma ograniczenia konkretnych wielkości omyłki, a np. przestawienie w inne miejsce przecinka może spowodować zmianę takiej wielkości o tysiące procent. W przepisie istnieje wymóg, aby poprawa nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty.

Jednak skład orzekający Izby podkreśla, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykonania dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i na zamawiającym ciąży ryzyko niewłaściwego zastosowania tego przepisu. Dlatego w rozpoznawanej sprawie nie można nakazać zamawiającemu poprawienia oferty, szczególnie w przypadku, gdy czynność ta nie przyniesie żadnych efektów, gdyż ofertę i tak należy odrzucić ze względu na przyczyny wskazane w omówieniu lit. B.

Ad lit. B.

Odwołujący na rysunku dotyczącym wstępnej koncepcji przejść, podestów i schodów, gdzie – zgodnie ze specyfikacją – już na etapie oferty powinny być przedstawione koncepcje usytuowania tych elementów, nie zamieścił odpowiednich, wymaganych urządzeń, a na rysunku zamieścił symbole innych konstrukcji. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że natykając się w ofercie odwołującego na odstępstwo od specyfikacji (PFU) nie poprawił w ofercie tego miejsca, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, a poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jednak odwołujący nie wskazuje w ofercie, w odwołaniu czy w swoich wystąpieniach w toku postępowania odwoławczego, gdzie należałoby zamieścić na rysunku wymagany element oraz czy nie wwiązałoby się to ze zmianą całego projektowanego przedmiotu zamówienia ze względu na odmienne gabaryty i konstrukcję części pominiętej i zastępowanej.

Dlatego zdaniem składu orzekającego Izby nie można wymagać, aby zamawiający uznał brak rysunków elementów konstrukcji i odejmując z projektu inne części dorysował nowy układ na załączonym do oferty rysunku dotyczącym wstępnej koncepcji przejść, podestów i schodów. Taka ingerencja w projekt odwołującego nie mogłaby się mieścić w ramach poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ad lit. C.

Z wymiaru na rysunku jednego z urządzeń wynika, że wymiar ten odbiega od wymagania zamawiającego określonego w specyfikacji. Jednak odwołujący zarzucił zamawiającemu, że natykając się w ofercie odwołującego na odstępstwo od specyfikacji nie zmierzył odpowiedniego odcinka na rysunku linią z podziałką milimetrową i nie pomnożył uzyskanych w ten sposób danych przez skalę, w jakiej został opracowany rysunek, aby uzyskać właściwy wymiar oraz poprawić wymiar na właściwy, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, której to omyłki poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający Izby podkreśla, jak w uzasadnieniu lit. A, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykonania dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i na zamawiającym ciąży ryzyko niewłaściwego zastosowania tego przepisu. Dlatego w rozpoznawanej sprawie nie można nakazać zamawiającemu poprawienia oferty, szczególnie w przypadku, gdy czynność ta nie przyniesie żadnych efektów, gdyż ofertę i tak należy odrzucić ze względu na przyczyny wskazane w omówieniu lit. B.

Zamawiający w toku postępowania przyznał argumentację odwołującego w lit. D-F, a Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, zgodnie z art. 190 ust. 5 zdanie drugie Pzp.

Przepis art. 190 ust. 5 zdanie drugie Pzp brzmi: »Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy«.

W związku z tym skład orzekający Izby rozpoznał argumenty przedstawione przez odwołującego w lit. A-C odwołania oraz dowody na poparcie stanowiska w zakresie lit. A i C odwołania. Natomiast zgodnie z utrwalona linią orzeczniczą i stanowiskiem doktryny w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach istniejącego przedmiotu sprawy, a więc w granicach nieuwzględnionych zarzutów, do których istnieje spór miedzy stronami. W sytuacji nieuwzględnienia pozostałych w sporze zarzutów i oddalenia odwołania stroną przegrywającą sprawę jest odwołujący.

Skład orzekający Izby stwierdza, że ze względu na brak podstaw do dokonania poprawy omyłki w zakresie określonym w lit. B oraz brak możliwości nakazania zamawiającemu, aby dokonał poprawy oferty w kwestionowanych miejscach w zakresie określonym w lit. A i C na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie można stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z tym zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji nie naruszył żadnego przepisu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy art. 7 ust. 1 i 3 brzmią: »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców« i »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwołujący ponad postawienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie uzasadnił tej kwestii w odwołaniu ani w toku postępowania odwoławczego, a ponadto nie wykazał naruszenia przez zamawiającego innych przepisów. Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie może zostać uwzględniony.

Również w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty postawiony z ostrożności naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi: »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Odwołujący ponad postawienie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie uzasadnił tej kwestii w odwołaniu ani w toku postępowania odwoławczego. Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Sygn. akt: KIO 463/13

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

W postępowaniu pod nazwą »Kontrakt nr 2 „Projekt i Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Lulkowo" realizowanego w ramach Projektu

pn.: „System unieszkodliwiania odpadów komunalnych dla gmin objętych Porozumieniem wraz z budową Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Lulkowie"« zamawiający zawiadomił **20.02.2013 r.** o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Control Process z siedzibą w Krakowie**;

2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty wykonawcy **Mostostal Warszawa** – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i oferty wykonawcy **ATA-TECHNIK** – art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **P.B.G. i E. EGBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni, ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia**, którego oferta znalazła się na drugim miejscu w rankingu najkorzystniejszych ofert, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **01.03.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process, podczas gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

3) naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione i nieuzasadnione utajnienie części dokumentacji przetargowej.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie decyzji zamawiającego z 20.02.2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę Control Process;

2) wykluczenie wykonawcy Control Process z udziału w postępowaniu i uznaniu oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą;

3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych w pkt 1 i 2 i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

4) przeprowadzenie dowodu z akt postępowania przetargowego i przeprowadzenie dowodów powołanych w odwołaniu.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący wskazuje, że zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Control Process, naruszył przepisy ustawy, ponieważ wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

I. W treści Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW) stanowiącej część specyfikacji zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (str. 10-15 IDW). Sposób, w jaki wykonawca pozostaje zobowiązany wykazać spełnianie tych warunków, zamawiający określił na str. 16 IDW oraz dodatkowe szczegółowe wytyczne w odniesieniu do konkretnych specjalistów zawarł pod opisem wymagań dla tych specjalistów (specjalista VII, XIII, XIV).

Ze wskazanych postanowień IDW wynika, że w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca pozostaje zobowiązany do złożenia: oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do IDW, wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem planowanego zakresu czynności oraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia oraz posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do IDW.

Z treści oferty złożonej przez wykonawcę Control Process wnika, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału postępowaniu polegających na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W treści formularza „Wykaz osób" sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do IDW, wykonawca Control Process wskazał osoby, które miały odpowiadać wymaganiom dla poszczególnych specjalistów wskazanych w IDW.

Wykonawca w zakresie spełniania tego warunku polega w większości na zasobach podmiotów trzecich. Jednak z treści oferty nie wynika, aby wykonawca Control Process, udowodnił, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w odniesieniu do osób

wskazanych w pozycjach nr 2 do 11 oraz 14 Wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia.

Dodatkowo odwołujący wskazuje, że wykonawca Control Process nie wykazał na str. 62-102 oferty, aby podane w ofercie osoby spełniały wymagania przewidziane w specyfikacji dla poszczególnych specjalistów.

W celu wykazania posiadania przez potencjał kadrowy wykonawcy Control Process doświadczenia zawodowego wymaganego przez zamawiającego, wykonawca ten wskazał w wykazie osób w kolumnie zatytułowanej „Doświadczenie" wykaz projektów z podaniem dat ich realizacji przez poszczególne osoby. W odniesieniu do osób wskazanych w lit. a-i suma okresów realizacji podanych inwestycji nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w zakresie okresów doświadczenia dla poszczególnych specjalistów.

Dodatkowo wykonawca Control Process nie wskazał w formularzu *Wykaz osób* w odniesieniu do osób podanych w pkt 6 i 7 tego wykazu pełnych danych teleadresowych zamawiających, dla których osoby te wykonywały projekty. Taki wymóg zamawiający zawarł na str. 12 IDW, jako sposób wykazania posiadania przez dane osoby wymagań wskazanych w IDW (dla specjalistów VI.1 i VII.1 – str. 11 i 12 IDW).

W odniesieniu do osoby wskazanej w poz. 8 wykazu osób (specjalista nr VIII.1 IDW) – wykonawca Control Process – w celu wykazania spełniania przez tę osobę wymogu w zakresie szczególnego doświadczenia zawodowego (doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci lub instalacji średniego i niskiego napięcia lub urządzeń elektrycznych lub elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1 MW) – podał nieprawdziwe informacje. Jako inwestycję potwierdzającą posiadanie przez pana Radosława Sucheckiego szczególnego doświadczenia zawodowego wymaganego dla specjalisty nr VIII.1 IDW. Wykonawca Control Process wskazał wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego Zakładu Zagospodarowania Odpadów dla potrzeb Celowego Związku Gmin „PROEKOB" realizowanego w okresie od 14.09.2011 r. do 17.02.2012 r. Zdaniem odwołującego z ogólnie dostępnych informacji – dokumentacji przetargowej na realizację zamówienia publicznego pod nazwą: »„Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w m. Bełżyce dla potrzeb Celowego Związku Gmin „PROEKOB" z siedzibą w Bełżycach, ul. Lubelska 3« (zamawiający: Celowy Związek Gmin „PROEKOB" z siedzibą w Bełżycach) – wynika, że suma mocy zainstalowanych urządzeń jest mniejszej niż 1 MW, a dowodem na to są: warunki przyłączenia nr 60464 dla obiektu zakłada zagospodarowania odpadów w Bełżycach z 5.10.2011 r. oraz fragmenty dokumentacji projektowej dotyczące części elektrycznej dla tego zamówienia. Te nieprawdziwe informacje dotyczące szczególnego doświadczenia zawodowego osoby

wskazanej w pkt 8 Wykazu osób, złożone przez wykonawcę Control Process mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Brak wykazania, że pan Radosław Suchecki nie posiada wymaganego doświadczenia szczególnego powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Zatem podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie ma decydujący wpływ na udział wykonawcy Control Process w postępowaniu oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Podmiot taki podlega wykluczeniu z postępowania na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

II. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponować 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 wykonaniu zamówienia.

Postanowienia § 1 pkt 3 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) regulują, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymaganych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w pierwszym akapicie na str. 18 IDW zawarł wymóg przedstawiona przez podmioty udostępniające zasoby i uczestniczące w realizacji zamówienia dokumentów wymaganych dla wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

W treści złożonego przez wykonawcę Control Process Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (str. 62 oferty), oświadczono, że do realizacji zamówienia, wykonawca będzie dysponował wskazanymi w wykazie osobami, a osoby te będą wykonywać zamówienie.

Jak wynika z treści Wykazu osób złożonego przez wykonawcę Control Process, wykonawca ten będzie dysponował osobami wskazanymi w poz. 2 do 11 oraz 14 wykazu osób w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, jako udostępnione zasoby podmiotów trzecich. Do oferty

dołączono, zgodnie z wymogami zamawiającego, pisemne zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wskazanych zasobów.

Z uwagi na fakt, że podmioty trzecie udostępniają wykonawcy Control Process zasoby w postaci osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, należy przyjąć, że podmioty udostępniające będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp, gdy dotyczy wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Brak jest możliwości uznania, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego (niekoniecznie w ramach podwykonawstwa), jeśli wskazane w ofercie wykonawcy Control Process udostępnione osoby będą wykonywać przedmiotowe zamówienie.

Zgodnie z treścią IDW (str. 18) w związku z treścią § 1 pkt 3 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, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu z uwagi na okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 Pzp, wykonawca Control Process pozostawał do złożenia dokumentów wskazanych w pkt 4 na str. 18 IDW w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby. W treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza brak jest tych dokumentów.

III. Zamawiający prowadził postępowanie przetargowe z naruszeniem zasady jawności postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 2 i 3 Pzp zastrzeżenie części treści oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacjach zastrzeżonych w ustawie, w tym w przypadku, gdy oferta zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mimo wielokrotnych wniosków odwołującego zamawiający nie udostępnił części treści oferty wykonawcy Control Process. Zastrzeżona część zawierała informacje, które miały potwierdzać, że zaoferowane przez wykonawcę Control Process roboty odpowiadają wymaganiom zawartym w specyfikacji.

Zamawiający w sposób nieuzasadniony i z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie ujawnił całości oferty złożonej przez wykonawcę Control Process. Z podniesionych zarzutów i przytoczonej argumentacji wynika, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu i która powinna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **01.03.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **04.03.2013 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp) i zamieścił na swojej stronie internetowej.

Wykonawca Control Process **06.03.2013 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Kopię pisma przystępujący złożył 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **11.03.2013 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) i uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący po stronie zamawiającego Control Process wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **14.03.2013 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – przez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Control Process, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brzmi: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«.

Odwołujący podnosi, że w stosunku do osoby wskazanej:

1) w poz. 1 wykazu osób (specjalista nr I.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała 10 letnie doświadczenie zawodowe oraz 5 letnie doświadczenie na stanowiskach kierowniczych;
2) w poz. 4 wykazu osób (specjalista nr IV.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe;
3) w poz. 5 wykazu osób (specjalista nr V.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe;
4) w poz. 6 wykazu osób (specjalista nr VI.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe; ponadto odwołujący podnosi brak możliwości zaliczenia do okresu doświadczenia ww. osoby czasu, w którym wskazana osoba ta pełniła nadzory autorskie;
5) w poz. 8 wykazu osób (specjalista nr VIII.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe i spełniała wymóg w zakresie szczególnego doświadczenia zawodowego (doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci lub instalacji średniego i niskiego napięcia lub urządzeń elektrycznych lub elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1 MW);
6) w poz. 8 wykazu osób (specjalista nr VIII.1 IDW) przystępujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia tej osoby w zakresie szczególnego doświadczenia zawodowego (doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci lub instalacji średniego i niskiego napięcia lub urządzeń elektrycznych lub elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1 MW);

7) w poz. 11 wykazu osób (specjalista nr XII.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego aby osoba ta posiadała co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe;
8) w poz. 12 wykazu osób (specjalista nr XIII.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe;
9) w poz. 13 wykazu osób (specjalista nr XIV.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe;
10) w poz. 14 wykazu osób (specjalista nr XV.1 IDW) przystępujący nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, aby osoba ta posiadała co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe.

Wspólną cechą tych wszystkich zarzutów jest twierdzenie odwołującego, że przystępujący nie wykazał, że osoby, którymi dysponuje lub będzie dysponował posiadają wymagane doświadczenie. Odwołujący podnosi przy tym, że suma okresów realizacji poszczególnych inwestycji, na których pracowały te osoby nie odpowiada wymogom postawionym w specyfikacji. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym (ust. 9 pkt 2 specyfikacji) praktycznie dla każdej osoby określił trzy poziomy wymagań: kwalifikacje (wykształcenie, uprawnienia itp.), liczba lat ogólnego doświadczenia zawodowego, bez precyzowania okoliczności, w jakich zostało to doświadczenie nabyte, i szczególne doświadczenie zawodowe, gdzie zamawiający dokładnie opisał jakim rodzajem doświadczenia ma legitymować się kandydat na dane stanowisko. W celu spełnienia tych warunków wykonawcy zobowiązani byli złożyć (strona 16 specyfikacji) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z podaniem planowanego zakresu czynności oraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia oraz posiadanych uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia. W opisie niektórych funkcji do obsadzenia zamawiający dodatkowo zastrzegł, że w rubryce „Doświadczenie" załącznika nr 3 (Wykaz osób) należy wpisać pełne dane teleadresowe zlecających (dot. pkt VII.1., XIV.1., XVI.1), przy czym za każdym razem chodziło o możliwość weryfikacji posiadania szczególnego doświadczenia zawodowego.

Ze wskazanych postanowień wcale nie wynika, aby obowiązkiem wykonawców było przedstawienie w wykazie osób dokładnych informacji o inwestycjach, na których dana osoba zdobyła ogólne doświadczenie. W tym zakresie kluczowy był wymiar tego doświadczenia (8 lub 10 lat), a nie jego podstawy (konkretne inwestycje). Dlatego wystarczyło podać informację

o liczbie lat pracy w zawodzie. Warunki udziału w postępowaniu zostały przez przystępującego potwierdzone odpowiednimi dokumentami załączonym do oferty: oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca.

Odwołujący podnosi, że przystępujący nie wskazał w „Wykazie osób" w odniesieniu do osób podanych w pkt 6 i 7 pełnych danych teleadresowych zlecających, dla których osoby te wykonywały swoje usługi. Zamawiający zawarł na str. 12 IDW wymóg podania pełnych danych teleadresowych zamawiających, jako sposób wykazania posiadania przez dane osoby wymagań wskazanych w IDW (dla specjalistów VI.1 i VII.1, str. 11 i 12 IDW). Jednak wymóg ten nie był postawiony pod rygorem wykluczenia z postępowania. W związku z tym należy stwierdzić brak w ofercie przystępującego informacji, które dla oceny weryfikacji podmiotowej nie mają bezpośredniego znaczenia. Dlatego jest brakiem niemogącym negatywnie rzutować na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie wyrok KIO z 28 grudnia 2012 r. (sygn. KIO 2731/12) „[...] z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, bez znaczenia pozostaje kwestia podania lub nie w wykazie usług numeru faksu zleceniodawcy, na rzecz którego wykonawca wykonywał usługi podawane w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Brak ten ma charakter wyłącznie uchybienia o charakterze formalnym, neutralnym dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu".

Odwołujący podnosi, że przystępujący w odniesieniu do osoby wskazanej w poz. 8 Wykazu osób (specjalista nr VIII.1 IDW) podał nieprawdziwe informacje. Odwołujący twierdzi, że z ogólnie dostępnych informacji – dokumentacji przetargowej na realizację zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w m. Bełżyce dla potrzeba Celowego Związku Gmin „PROEKOB" z siedzibą w Bełżycach" – wynika, że suma mocy zainstalowanych urządzeń jest mniejsza niż 1 MW. Jednak przystępujący w ofercie złożył informacje zgodne z wymaganiami specyfikacji w zakresie szczególnego doświadczenia zawodowego – doświadczenie w projektowaniu w charakterze projektanta sieci lub instalacji średniego i niskiego napięcia lub urządzeń elektrycznych lub elektroenergetycznych dla co najmniej jednej inwestycji z sektora gospodarki odpadami lub gospodarki wodno-ściekowej o sumarycznej mocy zainstalowanych urządzeń nie mniejszej niż 1 MW. Podczas rozprawy przystępujący wykazał, że pan Radosław *Suchecki* został udostępniony przystępującemu przez podmiot HEKO, a zrealizowany przez projektanta projekt, stanowiący część kompletnego projektu wykonawczego odebranego przez Hydrobudowę Polska S.A. 2 kwietnia 2012 r., zakłada następujące wartości mocy zainstalowanych urządzeń: sumaryczna moc zainstalowanych urządzeń stacjonarnych: 1,024

MW, sumaryczna moc zainstalowanych urządzeń mobilnych: 1,414 MW, suma mocy zainstalowanych urządzeń: 2,44 MW. Na dowód tego przystępujący do pisma procesowego załączył pismo podmiotu HEKO z 08.03.2013 r. Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że dowody przedstawione przez odwołującego tj. fragmenty dokumentacji przetargowej na realizację zamówienia publicznego „Budowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w m. Bełżyce dla potrzeba Celowego Związku Gmin „PROEKOB" z siedzibą w Bełżycach", nie mogą być rozpatrywane w kontekście zarzutu podania nieprawdziwych informacji, bo są to dokumenty wyłącznie z projektu budowlanego, z pominięciem założeń wynikających z projektu wykonawczego dla ww. inwestycji. Odwołujący nie wziął pod uwagę, że ówczesny zamawiający dla tej inwestycji, ponownie ogłosił przetarg z uwagi na rozwiązanie umowy z poprzednim wykonawcą. Do opisu przedmiotu zamówienia został wykorzystany projekt budowlany przygotowany przez podmiot HEKO. Zamawiający nie udostępnił jednak projektu wykonawczego, w którym uszczegółowiono dane odnośnie mocy zainstalowanych urządzeń. Jednak twierdzenia przystępującego, dotyczące mocy zainstalowanych urządzeń, nie stoją w sprzeczności z projektem budowlanym oraz warunkami przyłączenia do sieci, których fragmenty załączono do odwołania. W piśmie PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Lublinie założono moc przyłączeniową na poziomie 804 kW jako zasilanie podstawowe. Nie wyklucza to zainstalowania w ZZO urządzeń o łącznej mocy ponad 1 MW, co wynika z faktu, że nie ma praktycznej możliwości jednoczesnej pracy całego sprzętu działającego w zakładzie. W dokumentacji projektowej przyjęto tzw. współczynnik jednoczesności na poziomie 0,8 co oznacza, że nawet przy założeniach wynikających z warunków przyłączenia, na które powołuje się odwołujący, w ZZO może działać instalacja o poborze nominalnym ponad 1 MW (co także przewidziano w projekcie wykonawczym).

Mając na uwadze wszystkie opisane okoliczności zarzuty odwołującego dotyczące podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do osoby wskazanej w poz. 8 Wykazu osób nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w pierwszym akapicie na str. 18 IDW zawarł wymóg przedstawienia przez podmioty udostępniające zasoby i uczestniczące w realizacji zamówienia dokumentów wymaganych dla wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przystępujący oświadczył, że do realizacji zamówienia będzie dysponował wskazanymi osobami i będą one wykonywać przedmiotowe zamówienie. Z treści Wykazu osób złożonego przez przystępującego wynika, że przystępujący będzie dysponował wskazanymi w poz. 2 do 11 oraz 14 wykazu osób w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, jako udostępnione zasoby podmiotów trzecich. Odwołujący dodaje, że z uwagi na udostępnianie przez podmioty trzecie przystępującemu zasobów w postaci osób,

które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, należy przyjąć, że podmioty udostępniające będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Jednak oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w art. 26 ust. 2b Pzp zasobów, gdy dotyczy to wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia (uczestnictwo to jednak może mieć dowolną formę, np. doradztwo).

Zdaniem składu orzekającego Izby tezy odwołującego nie zostały dowiedzione. Odwołujący wykazuje, że podmioty, które udostępniły swoje zasoby w postaci kompetentnych i doświadczonych osób, będą brały udział w realizacji zamówienia. Konieczność bezpośredniego udziału w projekcie ma miejsce (i to nie zawsze obligatoryjnie) tylko wówczas, gdy wykonawca korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Odwołujący powołuje się wyłącznie na kadrę będącą w dyspozycji innych firm. Wyraziły one zgodę na udział swoich współpracowników w przedmiotowym postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że te podmioty będą podwykonawcami lub w inny sposób osobiście będą odpowiadać za wykonanie jakiegoś zakresu świadczenia. W zakresie wiedzy i doświadczenia w projektowaniu i realizacji podobnych przedsięwzięć odwołujący zadeklarował korzystanie z zasobów podmiotu VAUCHE SA, który może bezpośrednio być zaangażowany w projekt i dlatego zostały dla niego złożone wszystkie dokumenty formalne świadczące o braku podstaw do wykluczenia, co jest niesporne. Ponadto odwołujący zadeklarował, że będzie osobiście zajmować się zarządzeniem zespołem roboczym składającym się z osób dotychczas zatrudnionych przez inne podmioty, ewentualnie będzie zarządzać tym zespołem przy pomocy francuskiego partnera, który ma w tym zakresie bogate doświadczenie. W związku z tym każda z udostępnionych odwołującemu osób będzie mu podlegała bezpośrednio, a nie przez swojego macierzystego zatrudniającego.

Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało złożone na podstawie wzoru opracowanego przez zamawiającego, a w tym formularzu zamawiający nie przewidział miejsca na indywidualne opisanie charakteru współpracy miedzy partnerami. Faktycznie „użyczenie" potencjału osobowego będzie stanowić w istocie zgodę na zatrudnienie konkretnych ludzi przez przystępującego. Osoby te mają na rzecz i odpowiedzialność przystępującego brać udział w realizacji zamówienia.

Powołane przez odwołującego orzeczenia Izby dotyczą innych stanów, w których wykonawcy powoływali się na cudza wiedzę i doświadczenie, a tych wartości nie przenosi na inny podmiot. Tym samym, aby je udostępnić posiadający te cechy podmiot powinien brać bezpośredni udział w realizacji zamówienia służąc swoimi kompetencjami wprost zamawiającemu (chociaż w orzecznictwie ze względu na różnorodność stanów faktycznych nie może to być wprost jednoznaczne). Z tych względów skład orzekający Izby nie może podzielić stanowiska odwołującego i uwzględnić zarzutów, że przystępujący nie wykazał dysponowania podczas wykonywania przedmiotu zamówienia zasobami podmiotu trzeciego

w odniesieniu do osób wskazanych w pozycjach nr 2 do 11 oraz 14 wykazu osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasady jawności, gdyż zastrzeżenie jawności części treści oferty może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wg odwołującego zastrzeżona część oferty przystępującego zawierała informacje potwierdzające, że zaoferowane przez przystępującego roboty odpowiadają wymaganiom zawartym w specyfikacji i dlatego zamawiający naruszył przepisy nie ujawniając całości oferty przystępującego. Decyzją z 20.02.2013 r. zamawiający nie odmówił prawa wglądu do całej oferty przystępującego, a jedynie poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Faktycznie zamawiający odmówił odwołującemu prawa wglądu do całej treści oferty 12.12.2012 r. Ponadto odwołujący 05.02.2013 r. otrzymał listem poleconym (potwierdzenie odbioru w aktach sprawy) skany części jawnych ofert (pismo zamawiającego z 29.01.2013 r. stanowiące odpowiedź na wniosek odwołującego z 25.01.2013 r.). Dlatego odwołujący 12.12.2012 r. mógł się dowiedzieć, a 5 lutego 2013 r. z pewnością dowiedział się, że zamawiający nie udostępnił zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, niektórych dokumentów stanowiących ofertę przystępującego. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia całej treści oferty przystępującego upłynął 15.02.2013 r., dlatego zarzuty w tym zakresie zostają pominięte, że względu na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej na odmowę przekazania całej treści oferty, co wynika z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, gdyż odwołujący uzyskał wiadomość o takiej czynności zamawiający najpóźniej 5 lutego 2013 r., a rozpoznawane odwołanie zostało wniesione 1 marca 2013 r.

Przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp brzmi: »Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: .....

.....

.....

Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik