Sygn. akt: KIO 1144/16

WYROK
z dnia 8 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez **wykonawcę „ENPOL" Sp. z o.o., ul. Grochowska 217 lok. 1, 04-077 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z udziałem oferty złożonej przez „ENPOL" Sp. z o.o.,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„ENPOL" Sp. z o.o., ul. Grochowska 217 lok. 1, 04-077 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice** na rzecz wykonawcy **„ENPOL" Sp. z o.o., ul. Grochowska 217 lok. 1, 04-077 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1144/16

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę komory hiperbarycznej z wyposażeniem, do SPZZOZ w Gryficach, wraz z transportem, rozładunkiem, wniesieniem, zainstalowaniem, uruchomieniem i przeszkoleniem personelu. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 077-136231.

W dniu 27 czerwca 2016 r. wykonawca „ENPOL" Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezpodstawne wykluczenie odwołującego i unieważnienie

postępowania wbrew przesłankom faktycznym mającym w nim miejsce,
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania, mimo że odwołujący w oświadczeniach i dokumentach złożonych wraz z ofertą, a także w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego wykazał spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"),
3) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez bezprawne uznanie, że odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, mimo że złożył w tym celu zobowiązanie innego podmiotu i udzielił wystarczających wyjaśnień dla ustalenia statusu tego podmiotu przy realizacji zamówienia,
4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania i wyboru oferty odwołującego, mimo że w świetle przyjętych kryteriów oceny jego oferta w pakiecie nr 1 jest najkorzystniejsza,

5) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie pakietu nr 1, mimo że cena oferty odwołującego nie przekracza kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego pakietu,
6) art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieustalenie w uzasadnieniu faktycznym i prawnym zawiadomienia o unieważnieniu postępowania okoliczności tłumaczących konieczność unieważnienia postępowania, w szczególności braku wskazania kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwot pakietów nr 1 i nr 2, a w odniesieniu do pakietu nr 2, także ceny oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał, że przedłożył w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wystarczające dowody na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jako takie dowody odwołujący przywołał:
1) dołączone do oferty wykaz zamówień zawierający informacje o wykonaniu referowanego zamówienia oraz dowód potwierdzający jego należyte wykonanie,
2) zobowiązanie firmy Yaklasim Mac San do oddania odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,
3) dwukrotne wyjaśnienia udzielone na wezwania zamawiającego.

Jak zauważył odwołujący, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego wiąże się obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym celu odwołujący przedstawił pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, że odda wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, co jest wprost zgodne ze zdaniem drugim w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jako dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wskazane w przepisie w sposób przykładowy, przy czym dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego można wykazać także w inny sposób, np. poprzez przedstawienie umowy czy też listu intencyjnego. Jednak, jak zaznaczył odwołujący, dobór formy wyrażenia zobowiązania podmiotu trzeciego jest niezależny od zamawiającego i zamawiający nie może stawiać wymagań zawężających możliwości dostępne dla wykonawcy i podmiotu trzeciego.

Odwołujący podniósł, że wolność korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innej firmy została ograniczona w ustawie wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Natomiast ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku powinna

być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia, ale także z uwzględnieniem zasadniczego celu, dla którego żąda się przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, którym bez wątpienia jest potrzeba potwierdzenia spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie poprzestał wobec odwołującego na ustaleniu roli podmiotu trzeciego w wykonaniu

zamówienia, a tym samym na ocenie sposobu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia ustalonego w postępowaniu. Zamawiający podjął próbę uzyskania od odwołującego dodatkowych informacji o zakresie sprawowania nadzoru przez firmę Yaklasim Mac San nad realizacją zamówienia, w tym szczegółów dotyczących zakresu jego sprawowania, kto z jej ramienia nadzór będzie osobiście wykonywał oraz miejsca jego wykonywania. Zdaniem odwołującego, dodatkowa wiedza w zakresie pożądanym przez zamawiającego wykracza poza ustalenia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ odnośnie opisu spełnienia któregokolwiek z warunków udziału w postępowaniu.

Jak podkreślił odwołujący, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy 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. Celem wprowadzenia takiej regulacji (stanowiącej implementację dyrektyw 2004/18/WE oraz 2004/17/WE) było zwiększenie konkurencyjności poprzez ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych mniejszym wykonawcom, a także obniżenie kosztów ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia na ich rzecz. Takie rozwiązanie nie wymaga powiązań kapitałowych czy organizacyjnych pomiędzy wykonawcą a podmiotem zobowiązującym się do udostępnienia zasobów, a jednocześnie pozwala na wykorzystanie zasobów innego przedsiębiorcy w realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że udostępnienie potencjału może odbywać się bez udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Jest to najważniejsza cecha odróżniająca tę instytucję od podwykonawstwa, polegającego na powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36a ustawy Pzp), co wskazuje na konieczność faktycznej realizacji danej części zamówienia przez firmę zgłoszoną w charakterze podwykonawcy. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1265/10 oraz z dnia 6 czerwca 2013 r. o sygn. akt KIO 1201/13.

Odwołujący zaznaczył, że udostępnienie potencjału na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może przybrać postać podwykonawstwa, lecz nie musi. Wskazał, że wśród zasobów, które można udostępnić wykonawcy, jest wiele takich, które nie wymagają udziału

podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. W takiej sytuacji podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, ale jednocześnie jego zasoby pozwolą wykonawcy na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w wypadku wybrania oferty wykonawcy umożliwią mu prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Współpraca z podmiotem trzecim może przybrać np. formę doradztwa, konsultacji, szkoleń, a także - jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 r. o sygn. akt KIO 1448/10, 1450/10, 1451/10 - może to być każda postać udostępnienia *know-how,* na przykład: schematy technologiczne urządzeń, dokumentacja zawierająca opis procesów technologicznych, dokumentacja serwisowa, programy komputerowe, topografia układów scalonych lub systemy zarządzania jakością.

Jak wskazał odwołujący, z uwagi na okoliczność, że udostępnienie zasobów musi być realne, w pewnych przypadkach podwykonawstwo może być jedyną formą realnego udostępnienia potencjału do wykonania zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego, taki przypadek uznać należy za wyjątek, np. gdy przedmiot zamówienia ma charakter unikatowy lub jest zastrzeżony prawem do wyłącznej dyspozycji podmiotu trzeciego. W okolicznościach, gdy twórczy i czynny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia jest nieodzowny z przyczyn obiektywnych, rola podwykonawcy może być jedyną właściwą z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże, jak stwierdził odwołujący, wyjątek nie powinien tworzyć zasady. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający bezpodstawnie utożsamił konieczność wystąpienia podmiotu trzeciego w przyszłej roli podwykonawcy z potrzebą potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w przypadku korzystania z zasobu podmiotu trzeciego. Odwołujący wyraził przekonanie, że w przedmiotowym postępowaniu wykonanie zamówienia nie wymaga udziału osoby podwykonawcy rozumianego jako czynnego i zaangażowanego realizatora takich czynności jak dostawa, instalacja lub uruchomienie oferowanej komory hiperbarycznej.

Odwołujący nie zgodził się również z decyzją zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Stwierdził, że unieważnienie postępowania na ww. podstawie będzie skutecznie dokonane, jeżeli zamawiający

przeprowadzi ocenę złożonych ofert wskazując ofertę najkorzystniejszą (względnie ustali najniższą cenę, gdy jedynym kryterium oceny ofert będzie cena), oraz gdy w sposób obiektywny wykaże, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę w pakiecie nr 1 za cenę 2 300 000 zł brutto i według jego wiedzy w dniu otwarcia ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia w pakiecie nr 1 w wysokości 2 500 000 zł. Zamawiający może więc sfinansować zamówienie

w pakiecie nr 1 pod warunkiem wyboru oferty odwołującego i przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia w tym pakiecie środków, o których informował w dniu otwarcia ofert, w wysokości równej lub przewyższającej wówczas wskazaną kwotę.

Jak zauważył odwołujący, zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w ogóle nie ujawnił kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mimo że treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obliguje go do jej podania z uwzględnieniem stanu faktycznego w chwili dokonywania czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie wskazał kwot, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w każdym z pakietów (nr 1 i nr 2), mimo że dokonał tego w dniu otwarcia ofert (w pakiecie 1 - kwotę 2 500 000 zł brutto, w pakiecie 2 - kwotę 120 000 zł brutto). Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 715/09.

Odwołujący podniósł, że wykazane braki informacyjne w treści decyzji o unieważnieniu postępowania dowodzą jednocześnie ułomności formalnej tej czynności. Wskazał, że z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika konieczność ostatecznego ustalenia przed unieważnieniem postępowania czy zamawiający jest w stanie sfinansować zamówienie do wysokości odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego, w przedmiotowej sytuacji doszło do uchylenia się zamawiającego od obowiązku wskazania granic możliwości finansowych zamawiającego uzasadniających decyzję o unieważnieniu postępowania, co uzasadnia podniesienie zarzutu niedochowania wymaganej od zamawiającego rzetelności i staranności w prowadzonym postępowaniu, stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Prawem odwołującego, jak podkreślił odwołujący, staje się w tych okolicznościach żądanie od zamawiającego, aby przestrzegał obowiązujących przepisów prawa, w tym przypadku treści wymagań art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, w ocenie odwołującego, skoro zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych i w dniu otwarcia ofert wyraźnie wskazał na odrębne kwoty, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych pakietach, to zgodnie z art. 93 ust. 2 ustawy Pzp konieczność unieważnienia postępowania powinna odpowiednio dotyczyć tylko tej części zamówienia, która rzeczywiście jest dotknięta podstawą unieważnienia z art. 91 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający powinien więc ograniczyć decyzję o unieważnieniu postępowania tylko do pakietu nr 2, w którym według informacji o cenie ofert i o kwocie, którą zamierza zamawiający przeznaczyć na jego sfinansowanie, jeżeli kwoty tej nie jest w stanie odpowiednio zwiększyć. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r. o sygn. akt KIO 964/12). Jak podkreślił odwołujący, informacje, które zamawiający pominął w tekście unieważnienia postępowania powinny zostać zawarte

w uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej czynności, na co wskazuje treść art. 93 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie wytłumaczył wykonawcom, którzy złożyli oferty przyczyn, jakie przemawiały za unieważnieniem postępowania w obu pakietach. W odniesieniu do pakietu nr 1 i nr 2 brak ten charakteryzuje się nieujawnieniem kwot, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a w odniesieniu do pakietu nr 2, także ceny oferty najkorzystniejszej, a w rezultacie zaniechaniem sporządzenia uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie porównania informacji istotnych dla ustalenia, czy rzeczywiście w postępowaniu zaszły powody określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził ponownie, że wykluczenie odwołującego z postępowania było bezpodstawne i bezprawne. Z kolei przy zastosowaniu przez zamawiającego unieważnienia

postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp doszło, w ocenie odwołującego, do wadliwego zinterpretowania stanu faktycznego mającego miejsce w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 oraz do pominięcia istotnych informacji służących wiarygodności postępowania w obu pakietach. Z tych powodów, jak wskazał odwołujący, czynność unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 1 powinna być unieważniona, a w jej następstwie powinny zostać ponowione czynności potwierdzenia spełniania warunków udziału odwołującego w postępowaniu oraz badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 1, tj. oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia:
a) czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
b) czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
2) przeprowadzenia ponownego badania, czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą powinna być uznana oferta odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa:
- komory hiperbarycznej z wyposażeniem, wraz z transportem, rozładunkiem, wniesieniem, zainstalowaniem, uruchomieniem i przeszkoleniem personelu – pakiet 1,

---

- aparatura medyczna dedykowana do komory hiperbarycznej (system monitorowania pacjentów, respirator, pompa infuzyjna) – pakiet 2 (pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W pkt VIII ppkt 1 lit b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w ramach pakietu 1 wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert 1 dostawy dotyczącej dostawy wraz z zainstalowaniem i uruchomieniem wieloosobowej komory hiperbarycznej, przy czym jako komorę wieloosobową zamawiający przyjął komorę, w której jednocześnie mogą przebywać co najmniej cztery siedzące osoby, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączenia dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W pkt VIII ppkt 3 lit. f specyfikacji zamawiający podał, że wykonawca w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę na pakiet 1 zamówienia. W wykazie zrealizowanych dostaw odwołujący wykazał dostawę komory wieloosobowej typu Omega 10 - osobowej o wartości brutto 420 000 Euro (1 868 244 zł) dla Ozel Mersin Hiperbarik Oksijan Tedavi Merkazi, Mersin – Turcja. Odwołujący dołączył dowód należytego wykonania zamówienia (strony 24 – 26 oferty). Odwołujący złożył również oświadczenie o udostępnieniu potencjału złożone przez Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. Sti. w dniu 19 maja 2016 r., w którym podmiot ten oświadczył, że udostępnia wykonawcy zamówienia wszelkie konieczne zasoby *know-how,* doświadczenia oraz potencjału na okres ich wykorzystywania w celu realizacji zamówienia, którego przedmiot to dostawa komory hiperbarycznej z wyposażeniem SPZZOZ w Gryficach, wraz z transportem, wyładowaniem, wniesieniem, instalacją, uruchomieniem i przeszkoleniem personelu. Jako potencjał *know-how* i doświadczenia podmiot ten wskazał dostawę komory hiperbarycznej typu Omega na 16+2 osoby z wyposażeniem o wartości 420 000 Euro doa Ozel Mersin Hiperbarik Tedani Merkezi/Turcja (strony 27-28 oferty).

W dniu 1 czerwca 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie, w jakim zakresie wykonawca będzie korzystał

z potencjału wiedzy i doświadczenia firmy Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. St. w zakresie instalacji i uruchomienia komory, a w szczególności, czy firma ta będzie podwykonawcą realizującym instalację i uruchomienie przedmiotowej komory.

Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. odwołujący wskazał, że firma Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. St. jest producentem oferowanej komory hiperbarycznej. Odwołujący wyjaśnił również, że „nasi inżynierowie o specjalności Inżynierii biomedycznej i biocybernetyki przeszli u producenta szkolenia techniczne oraz uczestniczą w procesie ciągłego doskonalenia w zakresie technik hiperbarycznych". Odwołujący podał ponadto, że „instalacja, uruchomienie i przeszkolenie personelu z obsługi oferowanej komory hiperbarycznej przeprowadzone będzie przez pracowników formy Enpol sp. z o.o. pod nadzorem przedstawiciela producenta. Firma Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. St. nie będzie podwykonawcą realizującym instalację o uruchomienie przedmiotowej komory zgodnie z obowiązującymi przepisami.".

Pismem z dnia 2 czerwca 2016 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o skonkretyzowanie na czym dokładnie polegać będzie instalacja, uruchomienie i przeszkolenie personelu z obsługi oferowanej komory hiperbarycznej „pod nadzorem przedstawiciela producenta". Zamawiający wskazał, że „złożone w tym zakresie wyjaśnienia są lakoniczne, a jedyne kategoryczne stwierdzenie dotyczy wykonywania zamówienia przez pracowników firmy Enpol sp. z o.o., zaś firma Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. St. nie będzie podwykonawcą". Zamawiający stwierdził również, że „z uwagi na to, że oferta Wykonawcy nie zawiera zobowiązania producenta komory do uczestnictwa w realizacji zamówienia konieczne jest szczegółowe wskazanie przez Oferenta na czym polegać będzie „nadzór przedstawiciela producenta" z jednoczesnym dołączeniem oświadczenia – zobowiązania tej instytucji do udostępnienia swojego doświadczenia w zakresie opisanym przez Wykonawcę.".

W dniu 2 czerwca 2016 r. odwołujący wyjaśnił, że instalacja, uruchomienie i przeszkolenie personelu z obsługi oferowanej komory hiperbarycznej przeprowadzone będzie przez pracowników firmy Enpol sp. z o.o. pod nadzorem przedstawiciela producenta. Odwołujący oświadczył, że ww. czynności będą polegać na:

1. dostawie i wprowadzeniu komory hiperbarycznej do pomieszczenia wskazanego przez zamawiającego spełniającego wymagania dla pomieszczenia komory hiperbarycznej,
2. podłączeniu oferowanej komory do instalacji gazów medycznych i źródła zasilania,
3. przeprowadzeniu uruchomienia i testów dostarczonej komory hiperbarycznej.

4. przeszkoleniu pracowników zamawiającego z obsługi dostarczonej komory hiperbarycznej.

Odwołujący wskazał, że nadzór producenta polegać będzie na kontroli ww. prac wykonawcy. Odwołujący zaznaczył ponadto, że dostawa, instalacja, uruchomienie i odbiór gotowej do pracy komory hiperbarycznej jakiegokolwiek producenta wykonywana jest zawsze pod nadzorem producenta komory.

Pismem z dnia 15 czerwca 2016 r. zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu odwołującego z postępowania w ramach pakietu 1 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał wykazania się instalacją co najmniej jednej komory czteroosobowej. Jak wskazał zamawiający, z załączonego do oferty przez odwołującego wykazu dostawy wynika, że to nie wykonawca, a producent komory firma Yaklasim Mak San ve Tic. Ltd. St. wykonała tę dostawę i udostępniła swoją wiedzę i doświadczenie wykonawcy. Zamawiający podał, że na wezwanie do złożenia wyjaśnień odwołujący podobnie, jak w ofercie, w sposób ogólny, określił, że montaż i instalacja komory wykonywana będzie pod nadzorem przedstawiciela producenta. Nie podał natomiast, w jakim zakresie ten nadzór będzie sprawowany, przez kogo i czy osoba ta będzie na miejscu nadzorowała realizację zamówienia (brak bezspornego i jednoznacznego wskazania zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego oraz prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia). Dodatkowo, jak zauważył zamawiający, odwołujący

wprost oświadczył, że zamówienie zrealizuje sam i nie zamierza korzystać z podwykonawców. Zamawiający stwierdził, że skoro wymagał, aby zamówienie realizowała tylko firma, która posiada doświadczenie w tym zakresie, to Enpol Sp. z o.o. takiego doświadczenia nie posiada i nie wykazała spełniania warunku określonego w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego, treść wezwań wystosowanych przez zamawiającego do odwołującego w dniach 1 i 2 czerwca 2016 r., treść odpowiedzi odwołującego z dni 1 i 2 czerwca 2016 r., treść informacji o wynikach oceny ofert z dnia 15 czerwca 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

11

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba w przedmiotowej sprawie zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez obie strony postępowania, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a dysponowanie to ma mieć rzeczywisty charakter. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzemieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zamawiający, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Z 2013 r., poz. 231), uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów. Przepis ten wyraźnie wskazuje więc, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów.

12

Izba stwierdziła również, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wymaga wprost uczestnictwa podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału

podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Taka forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia może też być w przypadku części zamówień niezbędna do wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego. Realność udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego należy zatem odnosić do poszczególnych sytuacji i konkretnego zamówienia, należy oceniać ją w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy nie był wymagany ani przez przepisy ustawy Pzp, ani też przez zamawiającego w treści SIWZ.

Izba, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (dostawa komory hiperbarycznej z wyposażeniem, wraz z transportem, rozładunkiem, wniesieniem, zainstalowaniem, uruchomieniem i przeszkoleniem personelu) stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie znajduje podstaw twierdzenie, że podmiot trzeci powinien brać udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, zaś w innym przypadku wykonawca powołujący się na zasoby wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wbrew stanowisku zamawiającego zawartemu w informacji z dnia 15 czerwca 2016 r., że zamawiający wymagał, aby zamówienie realizowała tylko firma, która posiada doświadczenie w określonym zakresie, zamawiający dopuścił powoływanie się przez wykonawców na potencjał podmiotu trzeciego, nie zastrzegł też żadnej części przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Izba wzięła również pod uwagę, że jak oświadczył odwołujący na rozprawie, odwołujący jest dostawcą komór hiperbarycznych. Dodatkowo, pracownicy odwołującego posiadają uprawnienia operatorów komór hiperbarycznych wydane przez międzynarodowe instytucje. Odwołujący przeszkolił także swoich pracowników u producenta, na którego wiedzę i doświadczenie się powołuje.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że prowadzenie nadzoru przez producenta oferowanej komory hiperbarycznej nad realizacją przedmiotu zamówienia jest wystarczające dla wykazania realności udostępnienia zasobów. Tym samym, brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Co za tym idzie, wobec faktu, iż cena zaoferowana przez odwołującego (2 484 000 PLN) nie przekracza kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2 500 000 PLN na pakiet 1), zasadne jest unieważnienie

czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu 1 i dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Jednocześnie za bezzasadny Izba uznała zarzut odwołującego dotyczący zaniechania podania przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania kwot, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwoty te znane były odwołującemu już od momentu otwarcia ofert. Odwołujący mógł również zapoznać się z treścią protokołu postępowania, w którym również zostały one podane. Wobec powyższego, brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający zobowiązany był do powielenia tych kwot w informacji o unieważnieniu postępowania.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……