Sygn. akt: KIO 1004/17

WYROK
z dnia 7 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez **W. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** w postępowaniu prowadzonym przez **S. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w N. D. M.**
przy udziale wykonawcy **R. P.,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **S. Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w N. D. M.** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia z postępowania wykonawcy **R. P.** i odrzucenie jego oferty i dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego **W. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**

2. kosztami postępowania **S. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w N. D. M.** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **W. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **S. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w N. D. M.** na rzecz **W. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

……..

Sygn. akt: KIO 1004/17

Uzasadnienie

Zamawiający - S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w N. D. M. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia pomieszczeń Parkowej Stacji Obsługi oraz wyposażenia pomieszczenia diagnostyki samochodów do i powyżej 3,5 l. (K., ul.(…)).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 maja 2017 roku wykonawca W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego, które podjął on lub zaniechał w toku postępowania:
1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. P. (przystępujący) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., podczas gdy w dokumentacji brak jest dowodu na to, że wykonawca ten w terminie 3 dni od dnia doręczenia mu pisma zamawiającego z dnia 14.04.2017 r., doręczył zamawiającemu pismo oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z).

2. Zaniechanie wykluczenia U.-S. Sp. z o.o. i R. P. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że R. P. w zakresie wymaganego wykazania się doświadczeniem polega na zdolnościach technicznych spółki U.-S. Sp. z o.o. Spółka ta złożyła wykaz dostaw według załącznika nr 5 do s.i.w.z. z dnia 24 marca 2017 r., w którym wykazała następujące dostawy:

• Dla MPK Ł. o wartości 606.133,30 zł

- w rzeczywistości były to dwie dostawy o wartości 296.758,16 zł brutto i 309.375,14 zł brutto, o czym U.-S. Sp. z o.o. i R. P. wiedzieli, gdyż wynika to z „poświadczenia wykonania usług" z dnia 17 listopada 2016 r. wystawionego przez MPK - Ł. Sp. z o.o., załączonego do zestawienia;

• Dla Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w J. o wartości 135.000 zł brutto;

• Dla COKPRP w W. o wartości 155.827,47 zł brutto;

• Dla PKS K. o wartości 800.050,00 zł brutto;

- w rzeczywistości dostawę tą wykonała inna firma - Zakład Remontowo Budowlany „B.", a ponadto w wartości tej ujęto również wartość robót budowlanych, a wartość dostarczonych urządzeń opiewała jedynie na kwotę 456.110,00 zł brutto, o czym U.-S. Sp. z o.o. i R. P. wiedzieli gdyż wynika to referencji z dnia 15.07.2016 r. wystawionych przez PKS K., załączonych do wykazu;

• Dla MPK L. o wartości 272.481,90 zł brutto.

Niezależnie od złożonego przez U.-S. Sp. z o.o. wykazu usług, taki sam wykaz według załącznika nr 5 do SIWZ złożył R. P.

W ocenie odwołującego, U.-S. Sp. z o.o. i R. P. wprowadzili świadomie zamawiającego w błąd, powołując się na nieprawdziwe informacje odnośnie posiadanego przez U.-S. Sp. z o.o. doświadczenia w zakresie dostaw wykonanych na rzecz MKP Ł. i PKS K. W związku z tym Zamawiający zobowiązany był do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17ustawy P.z.p.

3. Sprzeczne z prawem wezwanie przez zamawiającego R. P. w piśmie z dnia 28.04.2017 r, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do złożenia nowego wykazu dostaw.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, mimo wprowadzenia go w błąd, zamiast wykluczyć U.-S. Sp. z o.o. i R. P., pismem z dnia 28.04.2017 r. wezwał R. P. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do złożenia nowego Wykazu dostaw i dowodów określających, że dostawy te zostały wykonane należycie, tj. co najmniej dwóch dostaw polegających na dostawie i montażu wyposażenia stacji kontroli pojazdów, która podlegała odbiorowi przez Transportowy Dozór Techniczny wraz ze świadczeniem usług gwarancji i jej utrzymaniem, o wartości brutto, które potwierdzają po zsumowaniu ww. warunek.

4. Zaniechanie żądania od R. P. w trybie art 22a ust. 6 ustawy P.z.p., aby w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił innym podmiotem lub podmiotami, wskazana w ofercie spółkę U.- S. Sp. z o.o.. na której zdolnościach technicznych lub zawodowych wykonawca polegał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe.

W ocenie odwołującego, zamawiający w sytuacji, w której nie znalazł podstaw do wykluczenia U.-S. Sp. z o.o. i R. P., winien był - wobec zakwestionowania dwóch dostaw wskazanych w wykazie przez U.-S. Sp. z o.o., w sytuacji gdy wartość pozostałych trzech dostaw nie wyczerpywała wymaganego limitu, zastosować art. 22a ust. 6 PZP i zażądać, aby

wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił U.-S. Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

5. Zaniechanie wykluczenia R. P. z postępowania, mimo iż wykonawca ten w pismach z dnia 12 kwietnia 2017 r. i 20 kwietnia 2017 r. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17) polegające na:
• zapewnieniu, że zaoferowany diagnoskop diagnostyczny do samochodów osobowych dostawczych - laptop warsztatowy (poz. 1) jest w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia według załącznika 2 do s.i.w.z., podczas gdy nie jest obiektywnie możliwa czterokrotna w ciągu roku aktualizacja systemu oraz dostęp do bazy danych INFO-PEDIA;
• zapewnieniu, że pojemnik na zużyte akumulatory ASP 450 (poz. 68) jest w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia dołączonym do s.i.w.z. i zostanie dostarczony wraz z wymaganym certyfikatem, podczas gdy producent tego pojemnika firma R. S.A. znajduje się w stanie likwidacji i zaprzestała jego produkcji, a firma R2. C. sp.i.. która przejęła działalność likwidowanej spółki akcyjnej, nawet jeśli byłaby w stanie wyprodukować ten pojemnik, to nie wyda na niego wymaganego przez s.i.w.z. certyfikatu z uwagi na zaprzestanie procesu certyfikacji tego wyrobu.

Odwołujący stwierdził, że od samego początku wątpliwości budziły dwa zaoferowane przez R. P. urządzenia - diagnoskop diagnostyczny i pojemnik na zużyte akumulatory. Potwierdza to fakt, iż Zamawiający prowadził w R. P. korespondencję zmierzającą do wyjaśnienia treści oferty w zakresie tych dwu urządzeń.

W ocenie odwołującego informacje dotyczące diagnoskopu (poz. 1) i pojemnika (poz. 68) zawarte w pismach R. P. są informacjami wprowadzającymi w błąd, mającymi istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący w pismach i korespondencji e-mail znajdującej się w aktach postępowania przedstawił i udokumentował Zamawiającemu informacje, z których wynika, że obiektywnie nie jest możliwe dostarczenie dwóch urządzeń zaoferowanych przez R. P.:
• diagnoskopu posiadającego możliwość współpracy z bazą INFO-PEDIA z czterokrotną aktualizacją w ciągu roku,
• pojemnika na zużyte akumulatory z wymaganym certyfikatem i oznaczeniem.

Odwołujący podniósł, że odnośnie diagnoskopu diagnostycznego R. P. w piśmie z dnia 12 kwietnia 2017 r. podał nieprawdziwą informację, iż oferowane przez niego urządzenie zawiera wszystkie komponenty ujęte w opisie przedmiotu zamówienia „wraz z opisaną bazą danych". W formularzu cenowym została „opisana baza danych" Info- PEDIA. Baza ta nie jest już dostępna, gdyż została zastąpiona przez inną, równoważną, bazę danych online B-PS Info na licencji HaynesPro. Zatem nie jest możliwe - wbrew temu co pisze R. P. - dostarczenie urządzenia „w pełni zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia zgodnie z zał. 2 do SIWZ". Skoro diagnoskop ma zapewniać możliwość konsultacji z bazą INFO-PEDIA, to wycofanie tej bazy z dostępu jest równoznaczne z niespełnieniem tego wymagania. Oprócz tego zastrzeżono warunek aktualizacji systemu 4 razy w roku. Jest oczywiste, że nie ma żadnej możliwości aktualizowania systemu w oparciu o niedostępną bazę danych. Systemy informatyczne, czy bazy danych stanowią utwory chronione prawem autorskim. Możliwość korzystania z nich przez osoby trzecie niebędące twórcami opiera się albo na nabyciu autorskich praw majątkowych, albo na licencji. W przypadku takiego urządzenia jak diagnoskop, w grę wchodzi tylko licencja, gdyż jest oczywiste, że jest to urządzenie seryjne, powtarzalne, i prawa autorskie do funkcjonującego w nim systemu oraz bazy danych należą do twórcy. Zatem, jeśli właściciel praw autorskich zdecydował o wycofaniu bazy danych PEDIA i uczynił ją niedostępną od września 2015 r., to nie było obiektywnie żadnej możliwości aby w marcu 2017 r. zaoferować dostęp do tej bazy wraz z czterokrotną aktualizacją w ciągu roku. Na pewno nie ma możliwości złożenia takiej oferty zgodnej z prawem, to znaczy nienaruszającej praw autorskich osób trzecich.

Natomiast odnośnie pojemnika na zużyte akumulatory odwołujący wskazał, że R. P. informuje, że dostarczy produkt łącznie z wymaganym przez opis przedmiotu zamówienia certyfikatem. Również w tym przypadku jest to informacja nieprawdziwa, gdyż obecnie nie ma możliwości dostarczenia fabrycznie nowego pojemnika z certyfikatem, gdyż certyfikaty te wygasły. Mimo że istnieje techniczna możliwość jego wyprodukowania przez firmę kontynuującą działalność po likwidowanej R. S.A., to pojemnik ten nie spełni wymogu posiadania wymaganych dopuszczeń i certyfikatów. Analogicznie - jest to fakt obiektywy, o którym zamawiający nie musiał wiedzieć, ale który R. P. winien był sprawdzić przed złożeniem oferty. Ponadto zamawiający w ogóle nie wyegzekwował od R. P. wyjaśnienia dotyczącego zapewnienia okresowych przeglądów i niezbędnych napraw w ramach „UPRAWNIEŃ" KDT, o które pytał w piśmie z dnia 20.04.2017 r.

6. Zaniechanie odrzucenia oferty R. P. mimo, że była ona niezgodna z ustawa (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.) w zakresie w jakim oferent ten zapewniał o możliwości korzystania z bazy danych INFO-PEDIA i aktualizacji systemu diagnoskopu diagnostycznego (poz. 1).

Odwołujący podniósł, że z niekwestionowanych przez zamawiającego i R. P. informacji i dokumentów przedstawionych przez odwołującego wynika, że baza danych INFO- PEDIA nie jest obecnie dostępna. Zatem realizacja oferty R. P., w której zapewnia on, że zaoferowany diagnoskop będzie wykorzystywał bazę danych INFO- PEDIA aktualizowaną 4 razy w roku jest równoznaczna z naruszeniem praw autorskich przysługujących twórcy lub innej osobie do tej bazy danych. Nie jest bowiem możliwe legalne użytkowanie utworu w sytuacji, gdy właściciel praw autorskich wycofał go z obrotu i nie udziela obecnie licencji na jego użytkowanie.

W ocenie odwołującego, R. P. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako sprzeczna z ustawą, gdyż jej realizacja spowodowałaby naruszenie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

7. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. P., mimo że jej treść nie odpowiada s.i.w.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2), w której zastrzeżono, że przedmiot zamówienia ma być fabrycznie nowy, a zaoferowane przez tego wykonawcę diagnoskop diagnostyczny i pojemnik na zużyte akumulatory ASP 450 nie spełniają tego wymagania.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od zaistnienia podstaw do wykluczenia R. P. z postępowania, z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, te same okoliczności związane z zaoferowaniem diagnoskopu (poz. 1) i pojemnika na zużyte akumulatory (poz. 68) uzasadniają wniosek, że złożona przez niego oferta, winna zostać odrzucona.

8. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. P., mimo że złożona przez tego wykonawcę oferta jest nieważna (art. 89 ust. 1 pkt 8) z uwagi na to, że po jej przyjęciu zostanie zawarta umowa o świadczenie niemożliwe, która z mocy art. 387 § 1 K.c. jest nieważna.

Odwołujący wskazał, że oferta R. P. jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 i art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp). Zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W zakresie dwu nieistniejących urządzeń nie jest możliwe świadczenie polegające na ich dostawie przez wykonawcę. Zatem zawarcie umowy przewidującej dostawę tych urządzeń będzie równoznaczne z zawarciem umowy nieważnej. Oznacza to że oferta R. P., w oparciu o którą zostanie zawarta nieważna umowa - jako sprzeczna z prawem - również jest nieważna. Zgodnie bowiem z art. 58 § 1 K.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie dopuścił ofert częściowych, zatem wykonanie

częściowe umowy, w zakresie, w jakim oferta R. P. jest zgodna z s.i.w.z., nie jest w niniejszej sprawie dopuszczalne.

9. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że wobec podstaw do wykluczenia R. P. lub do odrzucenia jego oferty, zamawiający powinien wybrać ofertę odwołującego jako ważną, niepodlegającą odrzuceniu, mieszczącą się w budżecie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10 maja 2017 r.;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
1) wykluczenia R. P. () z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt i 17 ustawy P.z.p.,
2) odrzucenia oferty R. P.;
3. na wypadek nieuwzględnienia wniosku z pkt 2 - powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem wykluczenia U.-S. Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17;
4. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w

wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.). Wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty - R. P. i odwołującego. Oferta odwołującego jest ważna. Gdyby zatem zamawiający nie naruszył opisanych wyżej przepisów prawa i wykluczył R. P. oraz U.-S. Sp. z o.o, albo odrzucił ofertę R. P., wówczas jako najkorzystniejsza wybrana zostałaby oferta odwołującego.

Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2017 roku odwołujący cofnął zarzut pierwszy odwołania.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 5 czerwca 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 podkreślił, że dołączone referencje potwierdzały kwoty, które firma U. powoływała w swoim oświadczeniu. W ocenie zamawiającego zdarzenie, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 17 nie nastąpiło. Nie jest prawdą, że nie można żądać nowego wykazu. Art. 24 ust 1 pkt 17 nie może być odczytywany w oderwaniu od art. 26 ust 3. Nie było jednak przesłanki do wykluczenia przystępującego, tym samem również zarzut naruszenia art 26 ust. 3 oraz 22a ust. 6 jest bezpodstawny.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaaferowania urządzeń, które nie istnieją na rynku podkreślił, że nie było podstaw do poddania wątpliwość oświadczeń przystępującego. To, że baza Pedia nie istnieje, nie oznacza, że nie może być aktualizowana. Firma R. przekazała przedsiębiorstwo firmie R2. Zamawiający może zatem uzyskać wymagane urządzenie.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017 roku stwierdził, że podniesione w odwołaniu zarzuty są bezzasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego pierwotnie złożonego wykazu doświadczenia, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma odzwierciedlenia w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej. Odwołujący pominął kluczowy element przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - konieczność faktycznego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Tymczasem nie może być mowy o jakimkolwiek wprowadzaniu w błąd w sytuacji, w której dokumenty złożone przez przystępującego wraz z wykazem doświadczenia nie potwierdzały oświadczeń w nich zawartych. Zatem już w samej treści oferty przystępujący złożył dwojakiego rodzaju, wzajemnie sprzeczne informacje, a nie jednolite, sprzeczne ze stanem faktycznym informacje, wprowadzające zamawiającego w błąd. Złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty wskazują, że obok omyłkowo podanych informacji, zostały podane również informacje dotyczące projektów realizowanych na rzecz MPK Ł. i PKS K., które odpowiadały stanowi faktycznemu. Tak więc, zwykła czynność badania oferty wykazała rozbieżności, które były podstawą do wezwania przystępującego do uzupełnień, a zamawiający nie pozostawał w błędzie odnośnie zakresu zdobytego przez U.-S. sp. z o.o. doświadczenia.

Przystępujący podniósł, że odwołujący nie dokonuje rozróżnienia pomiędzy złożeniem oferty zawierającej błędy od oferty mającej na celu (czy to przez metodyczne działanie czy też przez niedbalstwo) wprowadzenie zamawiającego w błąd. Przyjmuje niejako *a priori,* że każde działanie wykonawcy, które nie poskutkowało wykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, miało na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w danym zakresie. Tymczasem ustawodawca przewiduje, że wykonawca może nie działać w celu wprowadzenia w błąd, lecz pod wpływem błędu. Mianowicie, ustawodawca dopuszcza, że jeżeli wykonawca złożył błędne dokumenty lub oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (a nawet, że w przypadku w którym wykonawca w ogóle nie złożył wymaganych oświadczeń czy dokumentów), zamawiający ma obowiązek wezwania tego wykonawcy do uzupełnień. Z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w odniesieniu do wykazu doświadczenia, złożonego oryginalnie przez przystępującego. Przystępujący działał w celu zdobycia przedmiotowego zamówienia, a nie w celu wykreowania podstaw, które uniemożliwiłyby mu zdobycie tego zamówienia, z

uwagi na stanowienie podstaw do wykluczenia go z postępowania. Przystępujący zauważył, że ustawodawca dopuszcza działanie wykonawcy pod wpływem błędu w zakresie własnego doświadczenia, zatem o ileż bardziej należy przyjąć, że może pozostawać w błędzie w zakresie doświadczenia udostępnianego.

Z ostrożności przystępujący wskazał, że nawet jeżeliby przyjąć, że zamawiający pozostawał w błędzie odnośnie zakresu doświadczenia U.-S. sp. z o.o., to i wówczas wskazać należy, że nie można przypisać działaniom przystępującego lekkomyślności czy rażącego niedbalstwa. Z uwagi na pośpiech w jakim działał przystępujący składając ofertę (przedłużająca się procedura uzyskiwania wszystkich niezbędnych dokumentów od podmiotu trzeciego), nie udało mu się na czas wykryć okoliczności, na które zwrócił uwagę zamawiający przy badaniu jego oferty. Przystępujący podkreślił, że dołożył należytej staranności przy składaniu własnej oferty, gdyż dokonał szczegółowego badania dokumentów złożonych przez U.-S. sp. z o.o. Zatem, trudno mu stwierdzić, dlaczego nie spostrzegł na czas, iż projekty realizowane na rzecz MPK Ł. i PKS K. nie powinny były zostać wykazane w wykazie - błąd ludzki. Pozostawanie jednak w błędnym przekonaniu o poprawności składanych dokumentów i oświadczeń nie może zostać uznane za lekkomyślność czy rażące niedbalstwo, skoro zostały przez przystępującego podjęte celowe i rzetelne działania, mające na celu przeciwdziałanie takim przypadkom. Przystępujący z dbałością badał dokumenty przed ich złożeniem, lecz z trudnych do wyjaśnienia przyczyn mimo to przeoczył rzeczony błąd. Przystępującemu nie można jednak przypisać jakiejkolwiek formy winy, zatem również i z tego względu wezwanie do uzupełnień było nie tylko dopuszczalne, lecz było wręcz obowiązkiem zamawiającego.

Przystępujący odniósł się do zarzutu zaniechania wykluczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Stwierdził, że zamawiający nie jest uprawniony do wykluczania podmiotu, który nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Zatem, instytucja wykluczenia nie ma zastosowania do podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

W zakresie zarzutu dotyczącego formy wezwania do uzupełnień pierwotnie złożonego wykazu doświadczenia, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma odzwierciedlenia w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej. Sam odwołujący zacytował w odwołaniu przepis art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., z którego wynika, że zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień, jeżeli został złożony m.in. dokument zawierający błędy. W ocenie przystępującego, odwołujący błędne przyporządkowuje do każdej z nieprawidłowości tylko jedną możliwą reakcję zamawiającego. Odwołujący nie zauważa, że pomiędzy alternatywnymi działaniami zamawiającego występuje spójnik „lub", tj. alternatywa

łączna, która dopuszcza stosowanie kilku różnych reakcji względem tego samego uchybienia. Przykładowo, zamawiający może wyjaśnić uchybienie, a następnie je poprawić, lub tak jak zdecydował zamawiający - wezwać do uzupełnień dokumentu obarczonego błędem.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z treścią odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanej wraz z diagnoskopem diagnostycznym bazy danych INFO-PEDIA, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma odzwierciedlenia w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej. Przystępujący zaoferował wprost zakres wymagany w poz. 1 Załącznika nr 2 do s.i.w.z., tj. laptop warsztatowy spełniający wszystkie parametry s.i.w.z. Mianowicie, zaoferowany diagnoskop diagnostyczny do samochodów osobowych i dostawczych to sprzęt marki B. B. o nazwie 'Uniwersalny bezprzewodowy tester diagnostyczny E. Diagnoskop diagnostyczny jest fabrycznie nowy i pochodzi z produkcji z roku 2015. Posiada on wgrany system E. wraz z oprogramowaniem, na które składa się m.in. baza danych INFO-PEDIA. System ten po podłączeniu do sieci internetowej może być aktualizowany 4 razy w roku..

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowanego pojemnika na zużyte akumulatory ASP 450, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma odzwierciedlenia w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej. Mianowicie, zorganizowana część przedsiębiorstwa P. „R.L" S.A. została przejęta przez P. „R2." C. Sp.j. Zgodnie z art. 551 k.c. przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono w szczególności:

• oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa),

• własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości,

• prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości

oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych,

- wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne,
- koncesje, licencje i zezwolenia,
- patenty i inne prawa własności przemysłowej,
- majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne,
- tajemnice przedsiębiorstwa,

- księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zatem, w ramach wskazanego przejęcia, wszystkie materialne i niematerialne części przedsiębiorstwa, które składają się na wydzieloną część przedsiębiorstwa R. (tj. zakład produkcyjny w M.) zostały przejęte przez P. „R2" C. sp.j. Zgodnie zaś z oświadczeniem sukcesora zakładu produkcyjnego w M., P. „R." S.A., pojemnik na zużyte akumulatory, w pełni zgodny z wymogami zamawiającego wskazanymi w s.i.w.z., zostanie wyprodukowany przez zakład produkcyjny w M.

Przystępujący stwierdził, iż prawdą jest, że posiadany przez P. „R." S.A. certyfikat TNO wygasł (są to certyfikaty terminowe, dwuletnie), a z uwagi na trwający od marca 2015r. proces likwidacji tej spółki, certyfikat ten nie został na czas odnowiony. Obecnie P. „R2." C. sp.j., jako sukcesor zakładu produkcyjnego R. w M., jest w trakcie procedury uzyskiwania przedmiotowego certyfikatu. Z uwagi zaś na zaawansowanie tej procedury, można spodziewać się jej rychłego zakończenia. Zatem odnoszenie się przez odwołującego wyłącznie do faktu wygaśnięcia poprzedniego certyfikatu bez uwzględnienia faktu, iż nowy zostanie wkrótce wydany, należy uznać co najmniej za nierzetelną informację, o ile nie za informację celowo wprowadzającą w błąd. W czasie dostawy sprzętu przystępujący będzie bowiem w stanie dostarczyć zamawiającemu pojemnik na akumulatory zgodny ze wszystkimi wymaganiami OPZ. Podobnie bezzasadne są zarzuty tyczące się UPRAWNIEŃ KDT do dokonywania okresowych przeglądów i niezbędnych napraw. P. „R2" C. sp.j., jako sukcesor zakładu produkcyjnego R. w M., jest uprawniona do wykonywania uprawnień KDT. Zatem, w przypadku zgłoszenia przez zamawiającego (użytkownika) potrzeby przeprowadzenia okresowego przeglądu czy niezbędnych napraw, zakład produkcyjny R. w M. przeprowadzi stosowne przeglądy i naprawy.

Przystępujący podniósł, iż z powyższego wynika, że bazując na błędnym założeniu, że dostarczany pojemnik na akumulatory nie może zostać wyprodukowany przez sukcesora P. „R." S.A., odwołujący doszedł do błędnych wniosków, iż oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp. Konsekwentnie, błędne założenie i wnioski, doprowadziły odwołującego do kolejnych błędnych konkluzji, iż przystępujący podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Tymczasem, oświadczenie przystępującego, o zaoferowaniu pojemnik na akumulatory o parametrach zgodnych z s.i.w.z. polega na prawdzie, więc brak jest również podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma odzwierciedlenia w zaistniałej sytuacji faktyczno-prawnej. Zamawiający uprawniony jest do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tylko w przypadku, gdy oferta z najwyższą ilością punktów przejdzie pozytywną weryfikację, dokonaną podczas badania i oceny ofert. Ofertą z najwyższą ilością punktów jest oferta przystępującego. Przystępujący wykazał zarówno w czasie badania jego oferty jak i w czasie niniejszego postępowania odwoławczego, że nie zachodzą względem niego podstawy do wykluczenia, oraz że sama oferta jest zgodna z treścią s.i.w.z. Zatem, oferta przystępującego została w sposób legalny wybrana ofertą najkorzystniejszą.

Z ostrożności przystępujący wskazał jednak, że nawet jeżeliby przyjąć, że wybór oferty przystępującego był obarczony błędem, to i wówczas roszczenie odwołującego należy uznać za przedwczesne. Zamawiający nie dokonał bowiem jeszcze badania oferty odwołującego, gdyż jest ona sklasyfikowana obecnie na drugim miejscu. W czasie zaś

weryfikacji tej oferty zamawiający zobowiązany byłby wziąć pod uwagę fakt, że tokarka zaoferowana przez odwołującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z., zatem oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Przystępujący wskazywał na wspomniane niezgodności w piśmie do zamawiającego, podnosząc że odwołujący w opisie i porównaniu parametrów technicznych celowo wprowadził zamawiającego w błąd oceniając jako lepsze parametry ewidentnie gorsze.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Częścią V s.i.w.z. „Warunki udziału w postępowaniu" ust. 1 pkt c, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się doświadczeniem, że wykonał dostawy w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej dostawy polegającej na dostawie i montażu wyposażenia stacji kontroli pojazdów która podlegała odbiorowi przez Transportowy Dozór Techniczny wraz ze świadczeniem usług gwarancji i jej utrzymaniem o wartości brutto co najmniej 1.400.00,00 zł.

Zamawiający dopuszcza wykazanie ww. dostawy w maksymalnie pięciu oddzielnych zadaniach/dostawach. W takim przypadku dostawy te zostaną zsumowane i będzie to traktowane jako wykonanie jednej dostawy.

Zgodnie z Częścią III ust. 2 s.i.w.z., zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy.

W każdym przypadku, gdzie w s.i.w.z. przedmiot zamówienia został opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia (nazw handlowych), zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Zamawiający za produkt równoważny uważa produkt, który nie jest identyczny (tożsamy) z produktem referencyjnym, ale posiada takie same lub lepsze do produktu referencyjnego cechy i parametry. Wykonawca, który zastosuje rozwiązania równoważne, obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy/materiały/urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego (w załączniku nr 2 i nr 7 do s.i.w.z.). Dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do materiałów i urządzeń wskazanych w załącznikach nr 2 i nr 7 do s.i.w.z., wykonawca zobowiązany będzie złożyć na wezwanie Zamawiającego.

Wśród zamawianych przez zamawiającego urządzeń był pojemnik na zużyte akumulatory – ASP 450 (poz. 68 formularza cenowego) oraz diagnoskop diagnostyczny do samochodów osobowych i dostawczych – laptop warsztatowy (poz. 1 formularza cenowego)

Pojemnik na zużyte akumulatory – ASP 450

Zgodnie z OPZ, - przeznaczenie – pojemnik odmiany 11 A/X/ o symbolu handlowym ASP-450 jest przystosowany zgodnie z „Umową Europejską" ADR do transportu (zbiórki i składowania) zużytych akumulatorów i baterii elektrolitem.

Pojemnik posiada certyfikat i oznaczenie UN 11A/X/**.. NL/R. 133/3400/1280 TNO – skrzynia UN4A/X610/S/../NL/R. 2137 – TNO – nadane przez TNO – H. I. O.

Diagnoskop diagnostyczny do samochodów osobowych i dostawczych – laptop warsztatowy. Aktualizacje systemu – 4 razy w roku, INFO-PEDIA.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy:

1) Przystępujący za cenę 1.363.763,00 zł

2) Odwołujący za cenę 1.406.640,30 zł

Przystępujący w zakresie wymaganego wykazania się doświadczeniem polega na zdolnościach technicznych spółki U.-S. Sp. z o.o. Spółka ta złożyła wykaz dostaw według załącznika nr 5 do s.i.w.z. z dnia 24 marca 2017 r., w którym wykazała następujące dostawy:

• Dla MPK Ł. o wartości 606.133,30 zł

• Dla Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych w J. o wartości 135.000 zł brutto;

• Dla COKPRP w W. o wartości 155.827,47 zł brutto;

• Dla PKS K. o wartości 800.050,00 zł brutto;
• Dla MPK L. o wartości 272.481,90 zł brutto.

Z dołączonych do oferty referencji wynika, że dostawa dla MPK Ł. to dwie dostawy o wartości 296.758,16 zł brutto i 309.375,14 zł brutto, natomiast dostawę dla PKS K.w rzeczywistości wykonała inna firma - Zakład Remontowo Budowlany „B.". W podanej wartości (800.050,00 zł brutto) ujęto również wartość robót budowlanych, a wartość dostarczonych urządzeń opiewała na kwotę 456.110,00 zł brutto.

Niezależnie od złożonego przez U.-S. Sp. z o.o. wykazu usług, taki sam wykaz według załącznika nr 5 do SIWZ złożył przystępujący.

Zamawiający pismem z dnia 28.04.2017 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 do złożenia nowego Wykazu dostaw i dowodów określających, że dostawy te zostały wykonane należycie, tj. co najmniej dwóch dostaw polegających na dostawie i montażu wyposażenia stacji kontroli pojazdów, która podlegała odbiorowi przez Transportowy Dozór Techniczny wraz ze świadczeniem usług gwarancji i jej utrzymaniem, o wartości brutto, które potwierdzają po zsumowaniu ww. warunek".

Z treści pisma wynika, że zamawiający poinformował przystępującego, że nie może uznać dostaw wymienionych w pozycjach 1 i 4 złożonego przez niego wykazu.

W piśmie z dnia 06.04.2017 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. pojemnika na zużyte akumulatory dotyczących statusu urządzeń jako "fabrycznie nowych". W piśmie z dnia 11.04.2017 r. Zamawiający sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów w sprawie diagnoskopu i pojemnika. W odpowiedzi na to pismo przystępujący w piśmie z dnia 12.04.2017 r. złożył oświadczenie, z którego wynika, że zaoferowany diagnoskop i pojemnik są zgodne z s.i.w.z. Ponadto przystępujący zakwestionował uprawnienie zamawiającego do żądania przedłożenia dokumentów w trybie art. 25 ust. 2f ustawy P.z.p. Jednocześnie jednak oświadczył, że z uwagi na okres przedświąteczny dostarczenie żądanych dokumentów - mimo wykazywania woli w tym zakresie - nie jest możliwe. W związku z tym złożył wniosek o przyjęcie - zamiast tych dokumentów - oświadczenia wykonawcy, jako dystrybutora przedmiotowych urządzeń.

Pismem z dnia 20.04.2017 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie przedmiotowych urządzeń, a dokładnie o:
• wyjaśnienie, czy oferowany przedmiot zamówienia posiada bazę danych PEDIA, która umożliwi dokonanie 4 razy w roku jej aktualizacji, a to wobec powzięcia informacji, że baza danych PEDIA nie jest dostępna na rynku od września 2015 r.

• wyjaśnienie, w jaki sposób zapewni okresowe przeglądy i naprawy pojemnika na zużyte akumulatory oraz czy pojemnik ten będzie posiadał wymagane certyfikaty i oznaczenia oraz będzie fabrycznie nowy.

W odpowiedzi na to pismo przystępujący w piśmie z dnia 20.04.2017 r. złożył oświadczenie, zgodnie z którym zaoferowane przez niego urządzenia w poz. 1 i 68 są zgodne z SIWZ.

W dniu 21 kwietnia 2017 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

W dniu 24.04.2017 r. odwołujący powiadomił zamawiającego o niezgodności oferty przystępującego w zakresie diagnoskopu (poz. 1), oraz pojemnika (poz. 68), wskazując na obiektywną oczywistą niemożność dostarczenia tych urządzeń.

W dniu 28.04.2017 r. zamawiający przesłał informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności oceny ofert. Z przekazanej przez zamawiającego kopii korespondencji prowadzonej po tym dniu z przystępującym wynika, że kwestia zgodności diagnoskopu i pojemnika nie była w niej poruszana. Przedmiotem wyjaśnień był jedynie wykaz dostaw potwierdzający warunek udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,

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

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

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący miał świadomość tego, iż wykazane przez niego doświadczenie nie potwierdza wymaganych w postępowaniu zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Z przedstawionych przez niego referencji wynikało bowiem, iż wykazana przez niego dostawa dla MPK Ł. to w istocie dwie dostawy o wartości 296.758,16 zł brutto i 309.375,14 zł brutto, natomiast dostawę dla PKS K. wykonała inna firma - Zakład Remontowo Budowlany „B.". W podanej wartości (800.050,00 zł brutto) ujęto również wartość robót budowlanych, a wartość dostarczonych urządzeń opiewała na kwotę

456.110,00 zł brutto. Niemniej jednak przystępujący dostawy te wykazał w taki sposób, że stworzył wrażenie, iż odpowiadają one wymogom ustalonym przez zamawiającego, przez co wprowadził lub mógł wprowadzić w błąd zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także w wówczas, gdy czynność

wykonawcy może wywołać taki skutek.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017 roku sam przyznał, iż popełnił błąd, mimo że kilkakrotnie sprawdzał składane dokumenty. Podkreślenia wymaga, że przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Nie ulega również wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Wobec uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wystąpiły okoliczności przewidziane w tym przepisie, za zasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione wezwanie przystępującego do złożenia nowego wykazu dostaw. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia U.-S. Sp. z o.o. Wskazany przepis obliguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, czyli podmiotu, który – w myśl art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. - ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. U.-S. Sp. z o.o. jest podmiotem, na którego zasobach polegał przystępujący. Podmiot ten nie złożył samodzielnej oferty i nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w związku z czym nie może być wykluczony z postępowania.

Ewentualne konsekwencje spowodowane podaniem nieprawdziwych informacji przez ów podmiot mogą obciążać jedynie wykonawcę, które się na zasoby tego podmiotu powołał.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art 22a ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie przez zamawiającego. W sytuacji, w której zaszły podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., wykonawca nie jest wzywany do czynności , o których mowa w art 22a ust. 6 ustawy P.z.p.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Rafała Paiek z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., mimo iż wykonawca ten w pismach z dnia 12 kwietnia 2017 r. i 20 kwietnia 2017 r. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na zapewnieniu, że pojemnik na zużyte akumulatory ASP 450 (poz. 68) jest w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia dołączonym do s.i.w.z. i zostanie dostarczony wraz z wymaganym certyfikatem, podczas gdy producent tego pojemnika firma R. S.A. znajduje się w stanie likwidacji i zaprzestała jego produkcji, a firma R2 C. sp.j. która przejęła działalność likwidowanej spółki akcyjnej, nawet jeśli byłaby w stanie wyprodukować ten pojemnik, to nie wyda na niego wymaganego przez s.i.w.z. certyfikatu z uwagi na zaprzestanie procesu certyfikacji tego wyrobu.

Odwołujący zarzucił niemożność dostarczenia przez przystępującego wymaganego pojemnika wraz z odpowiednim certyfikatem. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017 roku oraz na rozprawie w dniu 5 czerwca 2017 roku podnosił, iż producent pojemnika – firma R2 C. sp.j. jest sukcesorem firmy R. SA, która posiadała stosowne certyfikaty. Przystępujący nie wykazał jednak powyższego odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego Izba uznała ów argument za nieudowodniony. Co więcej – przystępujący sam przyznał, iż posiadany przez R. SA certyfikat wygasł, ale rzekomy

następca prawny spółki R. SA jest w trakcie procedury uzyskiwania przedmiotowego certyfikatu, niemniej jednak na tę okoliczność również przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu.

Wobec faktu, iż fakt pozostawania przez R. SA w stanie likwidacji nie był przez zamawiającego i przystępującego kwestionowany, natomiast przejęcie tej spółki przez R2 C. sp.j. oraz posiadanie przez ten podmiot wymaganych certyfikatów nie zostało udowodnione, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia jego oferty.

19

Izba uznała za niezasadny zarzut zaniechania wykluczenia R. P. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., mimo iż wykonawca ten w pismach z dnia 12 kwietnia 2017 r. i 20 kwietnia 2017 r. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na zapewnieniu, że zaoferowany diagnoskop diagnostyczny do samochodów osobowych dostawczych - laptop warsztatowy jest w pełni zgodny z opisem przedmiotu zamówienia według załącznika 2 do s.i.w.z., podczas gdy nie jest obiektywnie możliwa czterokrotna w ciągu roku aktualizacja systemu oraz dostęp do bazy danych INFO-PEDIA.

Izba przeprowadziła dowód z pisma „I." Sp. z o.o. (dystrybutora Firmy B. B. S.p.A.) z dnia 30 maja 2017 roku i ustaliła, że diagnoskop E. znajduje się w sprzedaży. Diagnoskop wyprodukowany przed rokiem 2016 z bazą danych INFO-PEDIA może być poddany aktualizacji systemu wraz z bazami danych do najnowszej wersji bez względu na to ile aktualizacji zostało pominiętych. Urządzenie może być aktualizowane 4 razy w ciągu roku. Wraz z wykonaniem aktualizacji systemu baza INFO-PEDIA zostanie zastąpiona nowszą bazą B-PS, która posiada znacznie szerszy zakres informacji technicznych od bazy w wersji INFO-PEDIA.

Z powyższego wynika, iż przystępujący mógł zaoferować diagnoskop z bazą danych INFO-PEDIA i system ten może być aktualizowany 4 razy w ciągu roku, czyli odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest fakt, że w wyniku aktualizacji istniejąca baza zostanie zastąpiona inną. W dniu wykonania dostawy wykonawca jest w stanie dostarczyć urządzenie zgodne ze złożoną ofertą i spełniające wymogi s.i.w.z. Zmiana bazy danych w wyniku aktualizacji dokonanej po dostarczeniu przedmiotu zamówienia nie była przez zamawiającego zabroniona i nie stanowi o niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....

20

21