

WYROK

z dnia 4 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 21 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **„KEMIPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Policach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sukcesywna dostawa wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu na potrzeby Zakładu Produkcji Wody „Miedwie”* (nr postępowania WMMK/PN/SEK/03/2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „DEMPOL-ECO” M. P., Opole** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – „KEMIPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Policach i:

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – „KEMIPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Policach** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego – „KEMIPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Policach** na rzecz **zamawiającego – Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

1

Sygn. akt KIO 1807/15

złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) 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:

2

Sygn. akt KIO 1807/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę pn. *Sukcesywna dostawa wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu na potrzeby Zakładu Produkcji Wody „Miedwie”* (nr postępowania WMMK/PN/SEK/03/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 maja 2015 r. pod nr 2015/S_099-181037, z tym że 20 maja 2015 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://www.bip.zwik.szczecin.pl/zamowienia.shtml>}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 sierpnia 2015 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – „KEMPOL” sp. z o.o. z siedzibą w Policach {dalej również: „Kemipol”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „DEMPOL-ECO” M. P. z Opola {dalej również: „Dempol-Eco”}.

21 sierpnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia z postępowania Dempol-Eco, ewentualnie od zaniechania wezwania Dempol-Eco do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Dempol-Eco, pomimo że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w oświadczeniu woli pn. „Wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw”, w którym w poz. 1 wskazał w opisie zamówienia realizowanego na rzecz Wodociągów Dębickich sp. z o.o., że przedmiotem wykonanej

3

Sygn. akt KIO 1807/15

lub wykonywanej dostawy był „Floklor 1 ASW”, który nie jest wymagany przez Zamawiającego w opisie doświadczenia zawodowego niezbędnego do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia środkiem chemicznym „wodnym roztworem chlorku wodorotlenku poliglinu”.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Dempol-Eco, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 26 ust. 3 pzp – przez zaniechanie wezwania Dempol-Eco do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu {zarzut z podniesiony z ostrożności}.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania 1 {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Wykluczenia z postępowania Dempol-Eco.
3. Odrzucenia oferty Dempol-Eco.
4. Dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
6. Wezwania Dempol-Eco do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w przypadku nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 2 i 3).

Odwołujący następująco przedstawił okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania:

- 21 lipca 2015 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty Dempol-Eco;
- 31 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie, w którym podniósł powyższe zarzuty;
- 6 sierpnia 2015 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, a po ponownym badaniu ofert po raz kolejny dokonał wyboru oferty Dempol-Eco jako najkorzystniejszej;
- zgodnie z warunkiem udziału dotyczącym wiedzy i doświadczenia określonym w rozdziale V pkt 3 ppkt 2 SIWZ: *Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże,*

że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum trzy główne dostawy. Za jedną dostawę główną zamawiający uzna dostawy wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu świadczone dla jednego podmiotu w okresie ostatnich trzech lat przed

4

Sygn. akt KIO 1807/15

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości łącznej nie mniejszej niż 500.000,00 zł netto.

– Dempo-Eco w dołączonym do oferty oświadczeniu – Wykazie wykonanych lub wykonywanych głównych dostaw, który w swoim tytule zawiera sformułowanie *dostawy wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu* – wskazał w poz. pierwszej tabeli, że przedmiotem dostawy na rzecz Wodociągów Dębickich sp. z o.o. był środek chemiczny Flokor 1 ASW.

W ocenie Odwołującego Dempo-Eco złożył nieprawdziwe informacje, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż:

- 1) przedmiot kwestionowanej dostawy różnił się w sposób istotny od warunku postawionego w SIWZ;
- 2) Dempo-Eco miał świadomość, że informacja o wykonanej dostawie przedstawia stan obiektywnie odmienny od rzeczywistości (tj. od wymogu Zamawiającego);
- 3) warunek został przez Zamawiającego precyzyjnie sformułowany i nie używa pojęcia, które może być ze względu na okoliczności różnie interpretowane.

{ad 1}}

Zgodnie z informacją umieszczoną przez Dempo-Eco na stronie internetowej (podstrona koagulanty/karty techniczne) Flokor 1 ASW jest wodnym roztworem glinu polichlorosiarczany (<http://dempo.com.pl/pl/2011-01-26-13-53-56/karty-techniczne.html>). Potwierdza to również treść karty technicznej środka Flokor 1 ASW zamieszczona na tej stronie internetowej (<http://dempo.com.pl/download/Flokor-I-ASW-karta-specyfikacja.pdf>).

Zgodnie ze specyfikacją producenta Flokor 1 ASW zawiera 9,0 +/-0,5% jonów glinu Al³⁺, co jest niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale XV pkt 3 SIWZ, który wymaga następującej zawartości jonów glinu – min. 10% Al.

{ad 2}}

Na swojej stronie internetowej Dempo-Eco, prowadził jasny i precyzyjny podział na chlorowodorotlenki glinu oraz polichlorosiarczany glinu, przypisując środek chemiczny Flokor 1 ASW do grupy polichlorosiarczanych. Wykonawca potwierdził w ten sposób, że rozróżnia oba rodzaje środków chemicznych.

Odwołujący podsumował, że w tych okolicznościach nie można mówić o pomyłce przy wypełnianiu oświadczenia, gdyż Dempo-Eco miał świadomość, że Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu, a wskazał dostawę wodnego roztworu polichlorosiarczany glinu – świadomie przedstawiając w ofercie informacje nieprawdziwe.

Odnośnie wpływu na wynik postępowania, Odwołujący stwierdził, że Dempo-Eco

5

Sygn. akt KIO 1807/15

złożył informacje mające świadczyć o spełnieniu przez niego warunku wymagającego co najmniej 3 dostaw głównych, w sytuacji gdy wiedział, że w rzeczywistości warunku tego nie spełnia.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że według art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwa informacja rzeczywiście wpłynęła na wynik postępowania.

{ad 3}}

Odwołujący podał, że 13 sierpnia 2015 r. dokonał wglądu do protokołu postępowania, jednym z załączników do niego jest datowany na 11 sierpnia 2015 r. protokół z posiedzenia komisji przetargowej nr 6, w którym wskazano, co następuje (strona , 3 akapit) (...) *W opinii Głównego Specjalisty – Technologa wodny roztwór polichlorosiarczany glinu jest podgrupą*

(szczególnym przypadkiem) chlorków wodorotlenku glinu i jako taki spełnia warunki/wymogi przetargowe. Z chemicznego punktu widzenia jest to chlorek wodorotlenek poliglinu zawierający w składzie zawierający w swoim składzie również siarczany, czyli chlorek wodorotlenek siarczan poliglinu (...)

Odwolujący stwierdził, że nie może zgodzić się z takim twierdzeniem, które było dla Zamawiającego podstawą do pozytywnego zweryfikowania spełniania przez Dempo-Eco warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze – Odwołujący stwierdził, że kwestionuje takie stanowisko pod względem formalnym, gdyż Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy wykazali się określonym doświadczeniem zawodowym w zakresie dostawy ściśle określonego środka chemicznego – wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu. Zamawiający miał prawo i możliwość przez użycie alternatywy łącznej wskazać, że wykonawcy mają wykazać się doświadczeniem zawodowym w dostawie wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu lub innego środka chemicznego. Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia, sformułował wymaganie w sposób ścisły, dopuszczając tylko i wyłącznie jeden środek chemiczny. Dokonując na obecnym etapie postępowania wykładni postanowienia SIWZ, Zamawiający działał wbrew zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zaznaczył, że inni potencjalni wykonawcy prawdopodobnie mogliby złożyć oferty, gdyby obowiązywała taka wykładnia, jaką obecnie prezentuje Zamawiający. Na obecnym etapie Zamawiający ma obowiązek stosować postawione przez siebie warunki, a nie dokonywać ich interpretacji.

Po drugie – Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego pod względem materialnym (chemicznym).

Zdaniem Odwołującego wodny roztwór polichlorosiarczanu glinu nie jest podgrupą (szczególnym przypadkiem) chlorków wodorotlenku glinu. A teza przeciwna teza

Sygn. akt KIO 1807/15

Zamawiającego jest niebezpieczna, gdyż każdy środek chemiczny stanowi mieszaninę różnych substancji chemicznych. Z określonych przyczyn podobne związki chemiczne, różniące się wiązaniami chemicznymi między pierwiastkami je tworzącymi, nauka lub prawo nakazuje traktować je jako inne związki chemiczne.

Według Odwołującego twierdzenie Zamawiającego w osobie głównego specjalisty – technologa (zawarte w załączniku nr 1 do protokołu z 11.08.2015) że: (...) *Chlorki wodorotlenki poliglinu to duża grupa koagulantów glinowych charakteryzująca się dużą różnorodnością...* wskazuje na podstawowe błędy w wiedzy chemicznej. Zamawiający myli domieszki kationowe (Si, Ca, Na) – które tworzą w roztworze chlorku wodorotlenku poliglinu oddzielne jony, niewchodzące w reakcję ze związkiem podstawowym (i nigdzie w literaturze niewykazywane jako oddzielne związki) – z zbudowanymi w strukturę związku w czasie reakcji grupami anionowymi siarczanów, co jest podstawą tworzenia nowego związku chemicznego.

Odwolujący zaznaczył, że związki te zawsze traktowane są jako odrębne:

{a.} Wzory strukturalne chlorku wodorotlenku poliglinu i chlorku wodorotlenku siarczanu poliglinu są zupełnie różne, co pokazane jest na kartach produktów podstawowego źródła wiedzy o chemikaliach jakim jest Chemical Book (Księga chemii) {http://www.chemicalbook.com/ChemicalProductProperty_EN_CB7396252.htm}. Numery CAS (identyfikacja chemikaliów nadawana przez amerykańską organizację Chemical Abstract Service) tam cytowane są również odmienne.

{b.} Polska Norma PN-EN 883 w Załączniku A pkt A.1.2. wskazuje w szczególności: *Chlorek wodorotlenek poliglinu i chlorek wodorotlenek siarczan poliglinu powstają w wyniku złożonego procesu wytwarzania u producenta i nie powinny w żadnym wypadku stanowić mieszaniny dostępnych produktów handlowych.*

{c.} Europejska Agencja ds. Chemikaliów (ECHA), wprowadzona rozporządzeniem Unii nr 1907/2006/WE z dnia 18.12.2006 (REACH) regulującym zasady Europejskiej wprowadzania na rynek wszystkich chemikaliów na terenie Unii Europejskiej, rozróżnia w tabeli substancji chemicznych pięciohydroxy chlorek dwuglinu i hydroxychlorek siarczan glinu, były one przedmiotem odrębnych rejestracji przez Dempo-EKO.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na powyższe Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy pzp, w tym w szczególności zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określił, jakie warunki muszą spełniać wykonawcy, aby móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, jakie warunki muszą spełniać złożone przez nich oferty.

7

Sygn. akt KIO 1807/15

Zgodnie z przepisami ustawy pzp Zamawiający winien potem, tj. na etapie badania ofert, skrupulatnie wymagać spełnienia wyznaczonych przez siebie warunków i zasad. Zamawiający dopuszczając do wyboru oferty Wykonawcy, który winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, naruszył art. 7 ust. 1 i 3 pzp. Zasada równego traktowania w przedmiotowym postępowaniu oznacza zastosowanie identycznych zasad oceny ofert wobec wszystkich wykonawców, w zgodzie z postanowieniami i wymaganiami SIWZ. Zamawiający nie zastosował się do przytoczonych norm prawnych, naruszając inną fundamentalną zasadę zamówień publicznych – zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący zaznaczył, że ponieważ złożył ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ, nie może zostać narażony na negatywne konsekwencje z powodu działań Zamawiającego polegających na dokonaniu oceny ofert z pominięciem wymagań określonych w SIWZ.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 24 sierpnia 2015 r. drogą elektroniczną kopii odwołania, 25 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „DEMPOL-ECO” M. P. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Przystępującego Odwołujący błędnie interpretuje znaczenie i sens art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Przystępujący podkreślił, że o ile prawdą jest, że w formularzu nr 5 w poz. 1 określił przedmiot dostaw jako substancję o nazwie Flokor 1 ASW, tj. wodny roztwór polichlorosiarczanu glinu, o tyle informacja ta jest zgodna z prawdą i rzeczywista, co potwierdzone zostało m.in. przedłożonymi do oferty referencjami wystawionymi przez Wodociągi Dębickie sp. z o.o. Dla Przystępującego niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego, który twierdzi jakoby powyższe informacje były nieprawdziwe, co winno skutkować wykluczeniem Dempol-Eco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zdaniem Przystępującego zupełnie czym innym jest natomiast ocena, czy wskazując dostawę wodnego roztworu polichlorosiarczanu glinu (Flokor 1 ASW), a nie wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu (Flokor 1, 2 A), wywiązał się z obowiązków

8

Sygn. akt KIO 1807/15

wskazanych w SIWZ. Według Przystępującego powyższa wątpliwość nie może być rozpatrywana pod kątem podawania nieprawdziwych informacji. Być może błędne odczytanie przez Przystępującego intencji Zamawiającego w zakresie wykazania przesłanki doświadczenia i wiedzy nie może świadczyć o tym, że wprowadził czy też próbował wprowadzić w błąd Zamawiającego.

W ocenie Przystępującego rozumowanie Odwołującego pozbawione jest zupełnie racjonalizmu i jest przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu. Zaaprobowanie takiego stanowiska w konsekwencji doprowadziłoby do sytuacji, w której relatywnie niewiele znaczące nieporozumienie Przystępującego doprowadziłoby do wyboru oferty o wiele mniej korzystnej i znacznie gorszej.

Przystępujący podniósł, że *ratio legis* art. 22 ust. 1 pzp przejawia się w tym, aby ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz podmioty przedstawiające oferty najkorzystniejsze z punktu widzenia np. ceny dysponowały również odpowiednim zakresem

wiedzy i doświadczenia, a także potencjałem technicznym oraz ludzkim pozwalającymi im na należyte i terminowe wykonanie zamówienia.

Wymóg sformułowany przez Zamawiającego w SIWZ, a dotyczący sporządzenia przez wykonawców wykazu wykonanych lub wykonywanych przez nich w ostatnich 3 latach dostaw wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu o odpowiedniej wartości (co najmniej 500 000 zł) miał zapewnić Zamawiającemu możliwość rzetelnego zweryfikowania, czy dany wykonawca posiada zasoby techniczne, finansowe, ludzkie oraz wiedzę i doświadczenie, aby wywiązać się z umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu.

Przystępujący podniósł, że od kilkunastu lat zajmuje się właściwie wyłącznie produkcją i dostawą wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu oraz wodnego roztworu polichlorosiarczanu glinu.

Według Przystępującego obie ww. substancje chemiczne są wodnymi roztworami chlorowodorotlenku glinu, a różnią się między sobą wyłącznie stężeniem substancji czynnej i jej modyfikacjami. Preparat Flokor 1 ASW jest modyfikacją wodnego chlorowodorotlenku glinu zawierającą jony siarczanowe. Tak stworzona modyfikacja służy optymalizacji procesu uzdatniania i jest zależna od rodzaju zanieczyszczeń i charakteru oczyszczanego medium (wody surowej) i procesu technologicznego. Niemniej substancja czynna w preparacie to wodny roztwór chlorowodorotlenku glinu. Klasyfikacja produktu Flokor 1 ASW, którego bazą jest wodny roztwór chlorowodorotlenku glinu, jako polichlorosiarczan glinu uwzględnia zawartość jonów siarczanowych i jest różna od produktów Flokor 1,2 A oraz Flokor 1 A, które jonów siarczanowych nie zawierają i stanowią wodny roztwór chlorowodorotlenku glinu bez

9

Sygn. akt KIO 1807/15

modyfikacji, a różnią się stężeniem substancji czynnej. Istotne jest, że ww. koagulanty (polichlorki glinu i polichlorosiarczany glinu) sklasyfikowane zostały w jednej grupie normy PN EN 833. Przystępujący podkreślił, że aby wyprodukować polichlorosiarczan glinu, w pierwszej kolejności należy wytworzyć chlorowodorotlenek glinu, który jest niejako bazą dla tej pierwszej substancji i uzyskuje się go poprzez dodanie niewielkiej ilości jonów siarczanowych.

Według Przystępującego skoro wykonawca jest w stanie wyprodukować odpowiednią – bardzo dużą – ilość substancji pod nazwą wodny roztwór polichlorosiarczanu glinu, jest również zdolny do wyprodukowania oraz dostawy odpowiedniej ilości wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu. Przystępujący podkreślił, że produkcja wodnego roztworu chlorku wodorotlenku glinu wymaga mniejszego nakładu pracy, a przez to jego produkcja jest mniej kosztowna, mniej skomplikowana oraz zdecydowanie szybsza. Wykazanie zdolności przedsiębiorstwa do produkcji polichlorosiarczanu glinu nie może świadczyć o niewypełnieniu wymagań Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, zdolność firmy do wytwarzania ww. preparatu świadczy tylko i wyłącznie o jej odpowiednich kompetencjach, umiejętności optymalizacji procesu produkcji koagulantów oraz zaawansowaniu technologicznym w zakresie produkcji substancji będących przedmiotem zamówienia.

Z daleko posuniętej ostrożności Przystępujący wskazał, że ewentualne uchybienie, na które powołuje się odwołujący, nie mogłoby stanowić podstawy do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż w tym zakresie oferta mogłaby co najwyżej zostać na wezwanie Zamawiającego uzupełniona, sprostowana lub też wyjaśniona w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 pzp.

3 września 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego wskazanie przez Dempo-Eco realizacji zamówienia na rzecz Wodociągów Dębickich sp. z o.o. polegającego na dostawie środka Flokor 1 ASW spełnia wymagania określone w SIWZ, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw dla przyjęcia, że wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający oświadczył, że dokonał wnikliwej oceny możliwości uznania ww. środka chemicznego za spełniający wymagania postawione w SIWZ. Według Zamawiającego z literalnej treści rozdziału V pkt 3 ppkt 3 SIWZ wynika, że nie ograniczył możliwości stosowania domieszek do chlorków wodorotlenku poliglinu. Zamawiający podkreślił, że nie jest uprawniony do zawężania treści SIWZ na etapie dokonywania oceny ofert. Nie ma więc

Sygn. akt KIO 1807/15

podstaw dla odmowy ich uznania wyłącznie z powodu zastosowania domieszek, tak długo, jak środek może zostać zakwalifikowany jako chlorek wodorotlenek poliglinu.

Zamawiający powołał się na to, że jego stanowisko Zamawiającego potwierdza opinia sporządzona przez dr hab. Inż. A. T. z Zakładu Technologii Wody, Ścieków i Odpadów Katedry Inżynierii Sanitarnej Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie, którą załączył do odpowiedzi na odwołanie.

Z uwagi na fakt, że Flokor 1 ASW stanowi chlorek wodorotlenek poliglinu, nie zaszyły podstawy do wykluczenia Dempo-Eco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Nie ma zatem podstaw do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp Dempo-Eco do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego w konsekwencji nie zachodzi również podstawa do wykluczenia Dempo-Eco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż nie doszło do wskazania nieprawdziwych informacji. Zamawiający podkreślił, że nie ma podstaw dla uznania, że wskazując środek chemiczny Flokor 1 ASW Wykonawca miał na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a złożone przez niego oświadczenia i dokumenty odpowiadają prawdzie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczoney – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono w tym zakresie żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę

Sygn. akt KIO 1807/15

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył drugą spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu. Wobec tego Odwołujący, który kwestionuje zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła, co następuje:

Zakres zamówienia obejmuje sukcesywne dostawy wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu zgodnego z normą PN-EN 883:2006 „Chemikalia do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia – chlorek wodorotlenek poliglinu i chlorek wodorotlenek siarczan poliglinu” przeznaczonego do uzdatnienia maksymalnie 27.500.000 m³ wody w okresie 12 miesięcy.

W zakresie składu chemicznego wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu sprecyzowano następujące wymagania:

1) zawartość jonów glinu – min. 10% Al³⁺ ;

- 2) zasadowość – mon. 80%;
- 3) dopuszczalna zawartość arsenu, kadmu, chromu, rtęci, niklu ołowiu, antymonu i selenu w mg/kg Al nie większa niż określona dla typu 1 w tabeli zamieszczonej w pkt 4.4 powyższej normy.

Poza tym określono wymaganą jakość wody po zastosowaniu wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu przez podanie wymaganych % poziomów redukcji dla utlenialności, absorbancji w UV i barwy oraz maksymalnych poziomów dla glinu pozostałego, mętności, obniżenia odczynu pH i obniżenie zasadowości.

{rozdział XV pkt 3 s.i.w.z.}

Od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagano wiedzy i doświadczenia wynikłej z należytego wykonania lub wykonywania (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) nie dawniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert trzech głównych dostaw. Przy czym za jedną główną dostawę miała być uznana dostawa w powyższym okresie dla jednego podmiotu wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu o wartości łącznej nie mniejszej niż 500 tys. zł netto.

{rozdział V pkt 3 ppkt 2 s.i.w.z.}

W normie PN-EN 883:2006 opisano chlorek wodorotlenek poliglinu i chlorek

12

Sygn. akt KIO 1807/15

wodorotlenek siarczan poliglinu stosowane do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia, w tym właściwości, wymagania i odpowiednie metody badań, informacje na temat ich stosowania do uzdatniania wody oraz zasady bezpiecznego postępowania i zastosowanie tych soli glinu.

{pkt 1}

Z normy wynika, że obie nazwy chemiczne (chlorek wodorotlenek poliglinu i chlorek wodorotlenek siarczan poliglinu) mają częściowo takie same synonimy lub nazwy zwyczajowe: chlorek poliglinu, PAC (ang. polialuminium chloride).

{pkt 3.12. lit. a oraz b}

Dempol-Eco zaoferował sukcesywne dostawy produkowanego przez siebie preparatu o nazwie handlowej Flokor 1,2 A, który cechuje się m.in. 12% (+/- 0,50) zawartością glinu Al³⁺ i zasadowością na poziomie 85% (+/- 5,00).

Dla wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Dempol-Eco wypełnił formularz nr 5 przez wskazanie 3 zamówień, przy czym w przypadku dwóch ostatnich jak przedmiot zamówienia wskazano Flokor 1,2 A (w poz. 3 wraz z Flokor 1A), a jako przedmiot pierwszego zamówienia wskazano Flokor 1 ASW. W referencjach dotyczących tego zamówienia Wodociągi Dębickie sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy poleca Dempol-Eco jako producenta i dostawcę koagulantu glinowego Flokor 1 ASW. W treści referencji dotyczących pozostałych dostaw wskazuje się na wysokozasadowy koagulant glinowy Flokor.

{oferta Dempol-Eco}

Flokor 1 ASW jest wodnym roztworem polichlorosiarczanu glinu, który cechuje się m.in. 9% (+/- 0,50) zawartością glinu Al³⁺, 0,80% (+/- 0,50) zawartością siarczanów SO₄²⁻ i zasadowością na poziomie 85% (+/- 5,00).

{specyfikacja techniczna Flokor 1 ASW załączona do odwołania i zgłoszenia przystąpienia}

Kemipol zaoferował sukcesywne dostawy produkowanego przez siebie preparatu o nazwie handlowej Kemira PAX XL 1910S, który cechuje się m.in. 10,5% (+/- 0,50) zawartością glinu Al³⁺ i zasadowością na poziomie 85% (+/- 5,00).

Dla wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Kemipol wypełnił formularz nr 5 przez wskazanie 5 zamówień, przy czym dla wszystkich z nich jako przedmiot zamówienia wskazano dostawy koagulantu glinowego PAX. W 4 na 5 referencjach oprócz dostaw koagulantów glinowych (PAX) wspomniano o dostawach koagulantów żelazowych (PIX), w tym w referencjach wystawionych przez P.P.H.U. Węgło-Stal W. B. z Gliwic {dalej również: „Węglostal”}.

{oferta Kemipol}

13

Sygn. akt KIO 1807/15

Na stronie internetowej Kemipolu Węglostal został wymieniony na pierwszym miejscu w ramach zorganizowanej przez Kemipol sieci dystrybutorów mogących dostarczyć dowolną ilość każdego z produktów Kemipolu.

Na stronie internetowej Węglostalu wskazano, że koagulanty glinowe typu PAX zawierają aktywny glin Al+3 w zakresie stężeń od 4,5 do ponad 12%, a następnie wyróżniono jako polichlorek glinu 11 nazw handlowych rozpoczynających się od członu „PAX”, w tym PAX XL 10, PAX XL 69 i PAX XL 19F.

Według kart katalogowych PAX XL 10 i PAX XL 69 są koagulantami glinowymi będącymi wodnymi roztworami chlorku poliglinu, które zawierają m.in. jony SO 4 .

{wydruki i karta katalogowa ze stron internetowych;

karta katalogowa złożona przez Zamawiającego na rozprawie}

Według oświadczenia złożonego na rozprawie Kemipol produkuje jako wodny roztwór polichlorosiarczanu glinu preparat o nazwie handlowej PAX XL 19F. W karcie katalogowej PAX XL 19F wskazano, że jest wodnym roztworem chlorku poliglinu; nie wspomniano o zawartości jonów SO 4 .

{karta katalogowe pobrana ze strony internetowej}

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie znalazł potwierdzenia żaden z zarzutów.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Według art. 22 ust. 3 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Z kolei według art. 22 ust. 3 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wreszcie art. 22 ust. 5 pzp stanowi, że warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia wszystkich zarzutów odwołania kluczowe znaczenie ma stwierdzenie przez Izbę, że nie ma podstaw – wbrew przeciwnemu twierdzeniu

Sygn. akt KIO 1807/15

Odwołującego – aby zawęzić opisany w s.i.w.z. warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia do dostaw wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu rozumianego jako związek chemiczny zaklasyfikowany pod numerem CAS (ang. Chemical Abstracts Service Registry Number) 12042-91-0 {należy przy tym odnotować, że PN-EN 883:2006 podaje, z uwagi na zmienny wzór chemiczny, trzy możliwe numery CAS dla chlorku wodorotlenku poliglinu}. Przede wszystkim Zamawiający nigdzie w s.i.w.z., nawet w opisie przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim w opisie sposobu oceny spełniania warunku, nie odwołał się do tej czy innej klasyfikacji związków chemicznych {nie podał też żadnego wzoru empirycznego}. Ponadto ramach opisu sposobu oceny spełniania warunku – w przeciwieństwie do opisu przedmiotu zamówienia – nie odesłano do PN-EN 883:2006 {należy przy tym odnotować, że *explicite* wyrażone w s.i.w.z. oczekiwanie zgodności przedmiotu zamówienia z przywołaną normą ogranicza się do poziomów zawartości niepożądanych pierwiastków właściwych dla typu 1, który jest wspólny dla obu związków chemicznych objętych tą normą}.

Należy wziąć pod uwagę, że warunki udziału w postępowaniu służyć mają zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, stąd opis sposobu dokonania oceny ich spełniania ma być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do tego przedmiotu zamówienia. Przy czym „związany z przedmiotem zamówienia” nie oznacza „tożsamy z przedmiotem zamówienia”, a raczej

„odpowiadający rodzajowo przedmiotowi zamówienia”. Tymczasem Odwołujący zdaje się forsować w odwołaniu stanowisko, jakoby należało wykazać się doświadczeniem zawodowym w dostawach preparatu odpowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia co do poziomu zawartości glinu i zasadowości. Jednocześnie Odwołujący nie podał żadnego argumentu wskazującego na to, że wyłącznie dostawy tożsame do przedmiotu zamówienia pozwalałyby na uznanie wykonawcy za zdolnego do wykonania przedmiotowego zamówienia. Stanowisko Odwołującego, który mimo to chce narzucić interpretację błędną z punktu widzenia przywołanych przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, należy poczytać jako nakierowane wyłącznie na wyeliminowanie z postępowania konkurenta, który wykazał zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Skoro nie było sporne, że dostawy wodnego roztworu zarówno chlorku wodorotlenku poliglinu, jak i chlorku wodorotlenku siarczanu glinu należy weryfikować zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia, nie ma podstaw, aby zawężająco interpretować warunek opisany w s.i.w.z. Zamawiający jest podmiotem zawodowo zajmującym się dostarczaniem uzdatnionej wody odbiorcom. Z praktycznego punktu widzenia zarówno chlorek wodorotlenek poliglinu, jak i chlorek wodorotlenek siarczan poliglinu służą

15

Sygn. akt KIO 1807/15

do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia. Z uwagi na to, a także na analogiczne lub zbieżne właściwości fizyczne i chemiczne, metody badań, wymagania odnośnie transportu i przechowywania, procesy wytwarzania, zostały ujęte razem w normie PN-EN 883:2006, w której podaje się również te same nazwy zwyczajowe jako funkcjonujące dla obu tych związków: chlorek poliglinu oraz PAC {zostało to przemilczane w wykonanej na zlecenie Odwołującego „Ekspertyzie różnic substancji chemicznych”}. W toku postępowania odwoławczego nie było również kwestionowane, że zgodnie z European Commission Sustainability in Industry, Energy and Transport European IPPC Bureau (June 2005) chlorek poliglinu oraz siarczan (VI) poliglinu zostały zaliczone do jednej grupy chlorków poliglinu. Znajduje zatem potwierdzenie, że w praktyce obrotu oba te wstępnie zhydrolizowane koagulanty funkcjonują jako koagulanty glinowe pod ogólną nazwą chlorki poliglinu, choć różnią się składem chemicznym, zróżnicowaną zawartością glinu, chlorków, pH, zasadowością i obecnością domieszek np. siarczanów czy krzemionki.

Reasumując, zarówno wskazówki interpretacyjne wynikające z przepisów dotyczących formułowania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału, jaki i praktyka stosowania nazwy chlorek poliglinu w szerokim rozumieniu, prowadzą do wniosku, że przez dostawy wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu, o których mowa w rozdziale V pkt 3 ppkt 2 s.i.w.z., można było również rozumieć dostawy wodnego roztworu chlorku wodorotlenku siarczanu poliglinu, gdyż należą do tego samego rodzaju dostaw, który został określony przez ogólną rodzajową nazwę, a nie przez wskazanie szczegółowej klasyfikacji czy konkretnego wzoru chemicznego. Z tych względów niczego nie wniosły do sprawy zgłoszone przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody, gdyż opierają się one na nieuprawnionym założeniu, że w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odwołano się do takich kryteriów, a nie tylko do ogólnej nazwy.

W dalszym planie należy mieć na uwadze okoliczność, że z PN-EN 883:2006 nie podaje od jakiej zawartości siarczanów chlorek poliglinu należy zaklasyfikować jako chlorek siarczan poliglinu, a zatem z normy tej nie wynika ścisłe kryterium rozgraniczenia tych związków. Tym bardziej nieuzasadnione byłoby na potrzeby zobiektywizowanej oceny zdolności do wykonania zamówienia kierowanie się w tym zakresie niejednołitymi kryteriami przyjętymi przez poszczególnych producentów. Dempol-Eco przy zawartości jonów siarczanowych na poziomie średnio nieprzekraczającym 1% zaklasyfikował Flokor 1 ASW jako wodny roztwór polichlorosiarczanu glinu {tymczasem nawet w ekspertyzie przedstawionej przez Odwołującego stwierdzono, co następuje: *Zdarza się, że w trakcie wytwarzania chlorku wodorotlenku poliglinu do jego roztworów wodnych dodaje się krzemionkę lub siarczany (VI). Dodatek ten nie powinien wówczas przekraczać 5%*}.}

16

Natomiast Kemipol, który posiada w swojej ofercie również chlorki wodorotlenki poliglinu zawierające siarczany (PAX XL 10 i PAX-XL 69), uznał, jak stwierdził z uwagi na ich niską zawartość, że będzie je traktował jako „zwykłe” chlorki poliglinu. Co więcej, choć Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, że w palecie produkowanych przez niego preparatów PAX występuje również chlorek siarczan poliglinu, według informacji zamieszczanych przez jego dystrybutora wszystkie preparaty PAX, z wyjątkiem takiego, który został określony jako chlorek poliglinu i chlorek żelaza, zostały zbiorczo nazwane chlorkami poliglinu. Jednocześnie Odwołujący, w przeciwieństwie do Przystępującego, w wykazie wykonanych dostaw ograniczył się do określenia ich przedmiotu jako koagulantu glinowego PAX, czyli bez sprecyzowania dokładnej nazwy dostarczanych preparatów, których produkuje kilkanaście, niektóre z nich zawierają jony siarczanowe, a ponadto nie wszystkie odpowiadają wymaganiom określonym dla przedmiotu zamówienia. Takie postępowanie w oczywisty sposób podważa wiarygodność stanowiska prezentowanego w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego, a co nie jest bez znaczenia również dla tej sprawy, dostrzec należy, że w przeciwieństwie do robót budowlanych i usług, w przypadku dostaw (chyba że wymagających również rozmieszczenia lub instalacji) dużo trudniej jest uchwycić, na czym polega szczególnie walor wiedzy i doświadczenia wynikający z wykonania w przeszłości zamówień odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia. Wykonanie w przeszłości przez wykonawcę robót budowlanych lub usług określonego rodzaju wprost zdaje się przekładać na utrwaloną w praktyce wiedzę i umiejętność konieczną do wykonania przez tego wykonawcę robót budowlanych lub usług objętych przedmiotem zamówienia. W przypadku dostaw, które na gruncie zamówień publicznych nie oznaczają przecież umowy dostawy w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 605 i nn. kc), zobowiązującej dostawcę do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz ich dostarczania częściami albo periodycznie, przedmiotem weryfikacji nie jest z pewnością zdolność do wytworzenia określonych dóbr. Nie podlega również skutecznej weryfikacji zdolność do ich dowiezienia, gdyż może zostać powierzone podmiotowi trzeciemu, co nie oznacza, że będzie on podwykonawcą. W istocie zatem, przy braku szczególnych wymagań związanych z dostawą, wymaganie wykonania w przeszłości dostaw dóbr rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia i o skali określonej przez wskazanie minimalnej wartości wyrażonej w pieniądzu, weryfikuje wiedzę i doświadczenie w sprzedaży tych dóbr na określonej skali. Tym trudniej jest wskazać powody, dla których wiedza i doświadczenie zdobyte przy sprzedaży jednych dóbr, choćby nawet rodzajowo odmiennych niż przedmiot zamówienia, miałyby być niewystarczającą rękojmią należytego wykonania udzielanego zamówienia, które sprowadza się do sprzedaży i dostarczenia zamawiającemu przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt KIO 1807/15

Niezasadność zarzutu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przesądza o niezasadności zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednakże w ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp byłby niezasadny również w takim przypadku, gdyby potwierdził się zarzut niewykazania przez Dempol-Eco warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty,

takie nieprawdziwe informacje co najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Innymi słowy w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje, nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu

18

Sygn. akt KIO 1807/15

można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

19

Sygn. akt KIO 1807/15

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą

w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej). Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...)* Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

20

Sygn. akt KIO 1807/15

Spośród powyżej wyszczególnionych przesłanek w okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zaistniała żadna. Przede wszystkim, wbrew stanowisku forsowanemu przez Odwołującego, niekwestionowana prawdziwość informacji o wykonaniu przez Dempol-Eco dostaw preparatu Flokor 1 ASW na rzecz Wodociągów Dębickich nie może być relatywizowana z punktu widzenia tego, czy potwierdza to spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Co najwyżej na podstawie tej prawdziwej informacji Zamawiający mógłby stwierdzić, że taka dostawa nie spełnia warunku. W toku postępowania odwoławczego nie zostało bowiem zaprzeczone, że z racji prowadzonej działalności Zamawiający dysponuje wiedzą co do tego, co kryje się pod powyższą nazwą handlową, gdyż od dawna dysponuje kartą katalogową tego preparatu. Ponadto karty te są udostępniane dla każdego zainteresowanego na stronach internetowych Dempol-Eco, o czym świadczy pozyskanie ich przez Odwołującego z tego źródła.

Zamawiający nie mógł zatem również zostać wprowadzony w błąd. Gdyby Zamawiający uważał, że dostaw Flokoru 1 ASW nie można zaliczyć na poczet spełniania wymaganego warunku, po prostu wezwałby Dempol-Eco do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Wreszcie nie sposób mówić o zaistnieniu po stronie Dempol-Eco zamiaru wprowadzenia w błąd lub podania nieprawdziwych informacji w wyniku niedbalstwa, skoro wskazując dostawę Flokoru 1 ASW jako jedną z głównych dostaw wodnego roztworu chlorku wodorotlenku poliglinu, poddał tym samym informacje umożliwiające Zamawiającemu weryfikację spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: