Sygn. akt: KIO 2679/15

WYROK
z dnia 21 grudnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2015 roku przez wykonawcę **Tetreon Technologies Ltd (adres: Spring Gardens, London Road, Washington, West Sussex RH203BS) z siedzibą w Wielkiej Brytanii** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Warszawską, w imieniu którego postępowanie prowadzi pełnomocnik: CEZAMAT PW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TECHNOLUTIONS M. C. z siedzibą w Łowiczu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

---

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Tetreon Technologies Ltd (adres: Spring Gardens, London Road, Washington, West Sussex RH203BS) z siedzibą w Wielkiej Brytanii** i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Tetreon Technologies Ltd (adres: Spring Gardens, London Road, Washington, West Sussex RH203BS) z siedzibą w Wielkiej Brytanii** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2679/15

UZASADNIENIE

W dniu 10 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca Tetreon Technologies Ltd (adres Spring Gardens, London Road, Washington, West Sussex RH203BS, United Kingdom), zwany dalej „Odwołującym".

Postępowanie na: dostawę kompletu komór chemicznych z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych na potrzeby realizacji projektu Fotonika i Technologie Tehercowe - Rozwój Wydziałowego Centrum Badawczego współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 (CEZAMAT/ZP34/2015/F) prowadzi Zamawiający: Politechnika Warszawska, w imieniu którego postępowanie prowadzi pełnomocnik: CEZAMAT PW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 października 2015 r. pod numerem 2015/S192347276.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:
I. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego

traktowania Wykonawców;
II. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej Rozporządzenie) poprzez uznanie, iż Wykonawcę łączy z podmiotem trzecim, tj. firmą Ramgraber GmbH, stosunek, który gwarantuje rzeczywisty dostęp od zasobów, podczas gdy z treści złożonego przez Wykonawcę zobowiązania to nie wynika;
III. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu w sytuacji, gdy Zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego;
IV. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wezwanie Wykonawcy, który złożył ofertę nr 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu dostaw i w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

V. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w ponieważ następstwem postępowaniu, wykluczenia Wykonawcy TECHNOLUTIONS M. C. z siedzibą w Łowiczu, powinno być uznanie oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
• unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty nr 1, złożonej przez TECHNOLUTIONS M. C., z siedzibą w Łowiczu;
• wykluczenia tego Wykonawcy, gdyż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu;
• wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 30 listopada 2015 r. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany. Od odwołania uiszczono wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, kopia odwołania została w ustawowym terminie przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty nr 1, tj. oferty złożonej przez TECHNOLUTIONS M. C., z siedzibą w Łowiczu. Odwołujący nie zgadza się z wynikami oceny ofert i podnosi, co następuje:
I. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów; niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wykonawca wraz z ofertą w celu wykazania sytuacji finansowej przedłożył informację z Commerzbank, potwierdzającą posiadanie środków w wysokości 500 000 EUR przez firmę Ramgraber GmbH. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia

zobowiązania do oddania Wykonawcy zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedłożył zobowiązanie do oddania Wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, podpisane przez

osobę reprezentującą podmiot Ramgraber GmbH. Z zobowiązania wynika, iż firma Ramgraber GmbH zobowiązuje się oddać do dyspozycji Wykonawcy - TECHNOLUTIONS niezbędne zasoby: wiedzę i doświadczenie, zdolności finansowe, zdolności ekonomiczne. Przy czym podmiot udostępniający nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz Rozporządzenia wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dokumentów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (np. wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 715/14 oraz wyrok KIO z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13). Możliwość powoływania się na zasoby ekonomiczne oraz finansowe innego podmiotu została w dyrektywie uzależniona od zaistnienia tzw. stosownych sytuacji i należy ją odnosić zawsze do konkretnego zamówienia. Z tych powodów w każdym przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego należy rozważyć, czy mamy do czynienia z tzw. stosowną sytuacją (tak wyrok TSUE w sprawie C-5/97 Ballast Nedam Groep NV v. państwo belgijskie, ECR 1997, s. I-7549).

KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2015 roku (sygn. akt KIO 247/15) podkreśliła, że przewidywana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że zasoby te będą mu faktycznie dostępne, że pomimo nie spełnienia warunku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ten znajdzie się w takiej samej sytuacji, jakby dany zasób posiadał.

Tymczasem z zobowiązania przedstawionego przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu wynika jedynie, że zdolność finansowa lub ekonomiczna zostanie udostępniona w formie porozumienia gwarancyjnego. To w opinii Odwołującego nie pozwala na uznanie, że Wykonawca ma realny, rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga udowodnienia (a nie uprawdopodobnienia) przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi

realnie dysponował. Rozwiązanie, jakie Zamawiający powinien postępować w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami finansowymi innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, można znaleźć w piśmiennictwie UZP: *„Analiza treści złożonego zobowiązania, w ocenie Prezesa UZP nie dowodzi, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami w zakresie niezbędnym do należytej realizacji udzielanego zamówienia publicznego. Przede wszystkim z przedłożonego zobowiązania nie wynika, czy zasób finansowy realnie będzie pozostawał w dyspozycji wykonawcy ani na jakich zasadach będzie udostępniony (np. czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane* środki *udostępnić wykonawcy np. w formie darowizny, pożyczki, zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy)”.*

W wyroku z dnia 27 marca 2015 roku, sygn. akt KIO 491/15 Izba potwierdziła, iż: *„treść zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów wykonawcy podlega ocenie w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla wykonawcy w czasie wykonania zamówienia”.*

Dodatkowo KIO w wyroku z dnia 21 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1007/13) wskazuje, iż *„(…) trudno mówić o takim realnym uzyskaniu tego zasobu, czy też „stosownej sytuacji", o której traktuje przywołana Dyrektywa, gdy nie sposób uchwycić roli podmiotu trzeciego w zapewnieniu odpowiedniej kondycji finansowej wykonawcy (choćby jako gwarant jego wypłacalności)”.*

Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi

być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu (co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu), to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie. Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania

zamówienia. Wykonawca - TECHNOLUTIONS M. C.nie wykazał realnego dostępu do potencjału podmiotu trzeciego.

Ze złożonego dowodu nie wynikają wszystkie wskazane w § 1 pkt 6 ust. 2 Rozporządzenia elementy, z uwagi na powyższe Zamawiający traktować powinien takie zobowiązanie jako niepotwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu. Pomimo nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty nr 1 jako najkorzystniejszej, czym naruszył wskazane wyżej przepisy ustawy i Rozporządzenia. Zamawiający na gruncie przepisów ustawy Pzp ma obowiązek sprawdzania realności udostępniania zasobów, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

II. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaję sie rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert; zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów; dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika z powyższego przepisu Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień zawsze wtedy, gdy ma lub powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, a nie tylko i wyłącznie wtedy gdy cena jest niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Jeżeli zatem Zamawiający uzna, że cena oferty może wskazywać, iż Wykonawca nie wykona przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (również w przypadku, gdy cena oferty nie będzie niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o kwotę podatku VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), powinien zwrócić się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. W opinii prawnej *Rażąco niska cena w* świetle *obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych* Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że *„Określony w art. 90 ust 1 próg "30%" stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę".* Sformułowanie "w szczególności" należy rozumieć jako

przykład sytuacji, w której Zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę. Zgodnie z opinią UZP - jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, przy czym

zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych, ofert.

W ocenie Odwołującego pomimo, iż cena oferty Wykonawcy - TECHNOLUTIONS, tj. 2 938 091,16 zł brutto nie jest niższa od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, tj. 4 000 000, 00 zł brutto (różnica ok 26%) czy średniej arytmetycznej złożonych ofert (różnica ok 23%), to i tak Zamawiający powinien mieć istotne wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Zamawiający nie może abstrahować od ceny oferty złożonej przez firmę konkurencyjną (cena oferty 3 621 000,00 netto). Różnica cenowa między ofertami powinna budzić bardzo poważne wątpliwości Zamawiającego, iż zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jak również nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej, np. przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.

Powyższe potwierdza Izba w swoich orzeczeniach KIO 47/15, KIO 60/15, KIO 81/15 w sprawie rozpatrywanej wprawdzie nie zachodziły przesłanki obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień na podstawie porównania wzajemnego cen ofert, jak i odniesienia do wartości przedmiotu zamówienia, uznać należy z uwagi na specyfikę zamówienia, iż zachodziły wątpliwości co do możliwości realnego zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za ceny zaoferowane przez wskazanych wyżej wykonawców.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i w konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną nieadekwatną do zakresu tego konkretnego przedmiotu zamówienia i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w tym sensie ceną nierynkową. W tym kontekście znaczenie ma również okoliczność, iż Wykonawca zaoferował przedłużenie gwarancji o rok. Koszt dodatkowego roku gwarancji to 7 -10% wartości systemu.

III. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zażądał od Wykonawców, wykazania się, iż wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie główne dostawy

komór chemicznych do bezpiecznej obróbki chemicznej płytek krzemowych w warunkach wysokiej czystości. Na potwierdzenie ww. warunku Wykonawca miał przedłożyć wykaz dostaw wg załącznika nr 4 do SIWZ oraz dowody, o których mowa w § 1 ust. 2 Rozporządzenia, wskazujące, czy dostawy, o których mowa w pkt 10.1.1. SIWZ zostały wykonane należycie. Wykonawca - TECHNOLUTIONS, który złożył ofertę nr 1 załączył do oferty wykaz dostaw, w którym wskazał, iż wykonał dwie dostawy. Jedna dotyczyła dostawy na rzecz CSEM SE Jaquet -Droz- komór chemicznych do MEMS, Galwaniczne i suszarka SRD. Druga natomiast z dostaw dotyczyła dostawy na rzecz Patek Philppe - wanien/komór chemicznych. Jako dowody, o których mowa w mowa w § 1 ust. 2 Rozporządzenia, wskazujące, czy dostawy, wskazane w wykazie dostaw (załącznik nr 4 do SIWZ) zostały wykonane należycie załączył dwa protokoły odbioru. Jednak z treści przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów dot. dostawy wskazanej w poz. 2 nie wynika, iż dostawa polegała na dostawie komór chemicznych do bezpiecznej obróbki chemicznej płytek krzemowych w warunkach wysokiej czystości. Z wykazu dostaw wynika, iż przedmiotem dostawy były wanny/komory chemiczne, a z protokołu odbioru, że komory chemiczne do mokrej obróbki. Tym samym Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się, iż wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie główne dostawy komór chemicznych do bezpiecznej obróbki chemicznej płytek krzemowych w warunkach wysokiej czystości. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty w zakresie dowodu wskazującego, czy dostawa wskazana w poz. 1 i 2 wykazu została wykonana należycie. Wykonawca uzupełnił ofertę w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Jednakże Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, tj. czy wskazana w poz. 2 wykazu dostawa polegała na dostawie komór chemicznych do bezpiecznej obróbki

chemicznej płytek krzemowych w warunkach wysokiej czystości.

Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę (oferta nr 1) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę Wykonawcy wykluczonego należało uznać za odrzuconą (art. 24 ust. 4. ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższą argumentację, Odwołujący wnosił jak w treści odwołania oraz we wstępie.

9

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu z powodu niespełniania warunku udziału oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że złożone w postępowaniu odwoławczym przystąpienie jest skuteczne.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu określił, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, gdy wykonawca wykaże wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (…) co najmniej dwóch głównych dostaw komór chemicznych do bezpiecznej obróbki chemicznej płytek krzemowych w warunkach wysokiej czystości.

W celu wykazania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca winien wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie niższą niż 2 000 000 PLN lub równowartość tej kwoty w walucie obcej według średniego kursu walut NBP na dzień składania ofert.

Wykonawca TECHNOLUTIONS w ofercie w zakresie wykazu dostaw i referencji złożył protokół odbioru przez klienta PATEK PHILIPPE TECHNOLOGIES SA od producenta RAMGRABER GmbH wanny chemicznej – dostawa, instalacja i szkolenie. W trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został wezwany do potwierdzenia kto realizował dostawę i czy dostawa została wykonana należycie.

10

Wykonawca w celu wykazania warunku sytuacji finansowej złożył wraz z ofertą informację z Commerzbank, potwierdzającą posiadanie środków do wysokości 500 000 EUR przez firmę Ramgraber GmbH. Zgodnie z pkt 10.1.5. SIWZ, wykonawca, który będzie polegał na zdolnościach finansowych innych podmiotów (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków), winien udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dokument należało przedstawić w oryginale. W związku z tym, Wykonawca TECHNOLUTIONS został także wezwany do uzupełnienia zobowiązania do oddania wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Przystępujący uzupełnił dokumenty na wezwanie składając: zobowiązanie w oryginale wraz z tłumaczeniem do oddania wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Udostępniającym zasób jest firma Ramgraber GmbH, która oddała do dyspozycji niezbędne zasoby: wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowej oraz zdolności ekonomicznej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy, w celu należytego wykonania jej przez wykonawcę. Zasoby udostępniono w następującym zakresie:
a) Wiedza i doświadczenie: przez dostawy wymienione w wykazie dostaw
b) Zdolność finansową i ekonomiczną w postaci (w zakresie) środków finansowych na kwotę co najmniej 2 000 000 PLN potwierdzoną informacją z banku wystawioną w dniu 6 listopada 2015 roku przez Commerzbank potwierdzającą zdolność kredytową w wysokości 500 000 EUR i posiadanie środków powyżej 500 000 EUR.

Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów określono w przypadku wiedzy i doświadczenia na podstawie świadczenia usług doradztwa u konsultingu oraz bezpośredniego wsparcia, a w przypadku zdolności ekonomicznej i finansowej jako formę wskazano porozumienie gwarancyjne, które zapewnia możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego lub finansowego w każdej sytuacji, gdy okaże się to niezbędne w czasie realizacji zamówienia. Wykonawcę z podmiotem udostępniającym łączy umowa o współpracę ale podmiot ten nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, jednakże udostępnia swoje zasoby w celu realizacji zamówienia oraz gwarantuje, że udostępnione zasoby spełniają warunki określone w SIWZ oraz są wystarczające do wykonania zamówienia. Podmiot trzeci zobowiązał się także, że w przypadku nieudostępnienia zasobów powstanie szkoda, będzie on odpowiadał solidarnie z wykonawcą, chyba że za nieudostępnienie nie ponosi winy. W zakresie wykazu dostaw przedstawiono referencję wystawioną w dniu 26 października 2015 roku przez Patek Philippe Technologies SA dla Cezamat w Warszawie, że firma Ramgraber GmbH wykonała dostawę komór chemicznych

do mokrej obróbki zgodnie z wytycznymi. Potwierdzono, że dostawa została wykonana należycie i spełnione zostały oczekiwania Zamawiającego. Data akceptacji dostawy to 7 listopada 2014 roku.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Jak wynika z treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Może to nastąpić przez złożenie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Stosownie do brzmienia § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „rozporządzenie o dokumentach") wykonawca wykazując spełnianie warunków na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w celu udowodnienia dysponowania zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonywania zamówienia, oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, Zamawiający może żądać dokumentów określających zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt przedmiotowej sprawy odwoławczej uznano, że Zamawiający słusznie ocenił dokumenty złożone przez Przystępującego jako prawidłowe, zarówno w zakresie treści oraz formy tych dokumentów.

Przede wszystkim zgodzić należy się z Zamawiającym, że wykonawca udowodnił realność dysponowania środkami finansowymi w określonej wysokości. Oprócz samego wskazania wysokości kwoty w zaświadczeniu z banku podmiotu trzeciego o przysługującej

podmiotowi trzeciemu linii kredytowej i wysokości środków, w wyniku uzupełnienia złożono oświadczenie, że podmiot udostępniający zasoby odpowiadał będzie jako gwarant w ramach porozumienia gwarancyjnego, w wyniku zawarcia umowy o współpracę, która umożliwia Przystępującemu możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego lub finansowego w każdej sytuacji, gdy okaże się to niezbędne w czasie realizacji zamówienia. Odwołujący

w treści odwołania zacytował jedynie mały fragment złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego. Pominął całkowicie najistotniejszy fragment odnoszący się do sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego oraz opisania na czym polegała będzie możliwość korzystania z danego zasobu przez Przystępującego. W ocenie Izby złożenie oświadczenia przez podmiot trzeci o przytoczonej treści wraz z odpowiednim zaświadczeniem z banku było wystarczające do udowodnienia, że wykonawca będzie mógł takimi środkami dysponować.

Złożone przez podmiot trzeci zobowiązanie o udostępnieniu zasobów udowadnia i gwarantuje Wykonawcy, a tym samym Zamawiającemu dostępu do co najmniej minimalnej kwoty środków określonej ogłoszeniem i SIWZ, to brak było podstaw do uznania, że Wykonawca – Przystępujący nie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej zdolności finansowej. W sposób nie budzący wątpliwości w oświadczeniu (zobowiązaniu) określono możliwość wykorzystywania przedmiotowych zasobów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tak aby przy uwzględnieniu reguł wynikających z przepisów prawa i zapisów SIWZ nie było wątpliwości co do realności udostępnienia określonego zasobu.

Podmiot trzeci w złożonym zobowiązaniu dosyć szczegółowo opisał zasady współpracy z wykonawcą, zasady te odnoszą się także do dysponowania linią kredytową. Na podstawie złożonego zobowiązania Zamawiający był w stanie ustalić w jaki sposób sfera finansowa kontraktu (np. w przypadku niedotrzymania zobowiązań przez podmiot trzeci) jest zabezpieczona. Co ważne, w zobowiązaniu określono wyraźnie solidarną odpowiedzialność podmiotu trzeciego z wykonawcą w przypadku nieudostępnienia zasobów, w tym także zasobów finansowych.

W ocenie składu orzekającego Izby, Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował zasobami podmiotu trzeciego, tj. Ramgraber w zakresie zdolności finansowej. Nastąpiło bowiem odwołanie się do wysokości linii kredytowej, wskazania konkretnej kwoty, które świadczy o realności udostępnienia. W zobowiązaniu określono również zasady i sposobu wykorzystywania określonych zasobów podmiotu trzeciego, czym Przystępujący uczynił zadość podkreślanej wielokrotnie w orzecznictwie Izby zasadzie, że to na wykonawcach spoczywa obowiązek udowodnienia realności dysponowania zasobami, na które się powołują (tak Krajowa Izba Odwoławcza: w wyroku z 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13; w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14; w wyroku z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1840/14). W przedmiotowym postępowaniu nie trzeba było domyślać się na czym miałaby polegać rola podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej linii kredytowej.

Jak wynika z protokołu postępowania na druku ZP, wartość szacunkowa dla przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 11 września 2015 roku na kwotę 3 259 000,00 zł, co stanowi równowartość 771 379,20 euro na podstawie ofert przesłanych przez potencjalnych dostawców. Na otwarciu ofert Zamawiający podał , że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 000 000,00 zł brutto. Wartość oferty Przystępującego wynosi 2 388 692,00 zł.

Różnice w cenach ofertowych w zakresie danego przedmiotu zamówienia oraz różnica ceny oferty wybranej w stosunku do kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, nie dawały Zamawiającemu podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie wyjaśniające wszczyna się przy różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Różnice cenowe na określonym poziomie, to nic innego jak walka wykonawców w warunkach konkurencji na rynku określonych dostaw. Zamawiający nie mógł swoim działaniem lub zaniechaniem naruszyć przepisu ustawy Pzp, do którego

zastosowania nie był zobowiązany.

Dostrzeżenia również wymaga, że Odwołujący nie przedstawił argumentacji jakie to inne czynniki lub okoliczności winny były budzić uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, co mogłoby jednocześnie przełożyć się na zaniżoną cenę oferty Przystępującego. Na okoliczność, że na wysokość ceny oferty ma duży wpływ przedłużenie przez Przystępującego gwarancji na okres 24 miesięcy, co zdaniem Odwołującego może powodować wzrost ceny od 8% nawet do 15% nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów. Nie wykazano także, w jak znaczącym stopniu na cenę mogła wpłynąć okoliczność, że Przystępujący jest pośrednikiem, a nie producentem danych urządzeń, podczas gdy Odwołujący tych kosztów jako dostawca bezpośredni nie musiał w cenie oferty uwzględniać. Z tych powodów nie można było uznać, że doszło w postępowaniu do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, czego dowodzą złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia i referencje odnośnie pozycji nr 2 wykazu dostaw, tj. dostawy wykonanej przez podmiot udostępniający Przystępującemu zasoby na rzecz firmy Patek Philippe Technologies SA. Wykonawca wystarczająco wyczerpująco opisał na czym polegały czynności wykonywane w ramach zawartej umowy. Wyjaśnienia te nie stoją w sprzeczności z informacjami wynikającymi z oferty i załączonymi przez Przystępującego pierwotnymi dokumentami, są raczej ich

uzupełnieniem. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie podanych numerów katalogowych oraz opisanego sposobu dostaw był w stanie zweryfikować, czy przedstawiona pozycja wykazu dostaw potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Poza tym Odwołujący nie zanegował tezy zgłoszonej przez Przystępującego, że dostawy takiego typu urządzeń (systemu) muszą być wykonywane w warunkach wysokiej czystości, bowiem tylko spełnienie tego wymagania gwarantuje odpowiednią jakość technologii i wykonywanych badań. Nie ma zatem możliwości, aby przedmiotowo podobna dostawa odbywała się w innych niż warunki wysokiej czystości. Dlatego też pozycja nr 2 z wykazu dostaw w adekwatny sposób potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Końcowo, za Zamawiającym i Przystępującym, odnosząc się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, jakoby Zamawiający zobowiązany był do wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw, wskazać należy, że referencje potwierdzać mają należyte wykonanie usług. Taki jest podstawowy cel wymienionych dokumentów określony przez ustawodawcę. Nie jest zatem właściwe prezentowanie stanowiska, zgodnie z którym referencje winny zawierać elementy odnoszące się do brzmienia warunku i konkretnego postępowania. Referencje nie muszą powielać, czy też potwierdzać informacji wynikających z wykazu dostaw o zakresie zadania. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca. Nie dyskwalifikuje zatem referencji brak szczegółowego odniesienia się do ustalonego w konkretnym postępowaniu warunku udziału, natomiast sama okoliczność potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę ustalona została na podstawie innych dokumentów załączonych do oferty i uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący: