Sygn. akt: KIO 1557/14

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2014 r. przez wykonawcę **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowalne S.A., ul. Partyzantów 26, 10-526 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **AP-FLYER Sp. z o.o., ul. gen. Tadeusza Bora-Komorowskiego 33, 03-982 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **AP-FLYER Sp. z o.o., ul. gen. Tadeusza Bora-Komorowskiego 33, 03-982 Warszawa** do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowalne S.A., ul. Partyzantów 26, 10-526 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Miasta Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** na rzecz **Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowalnego S.A., ul. Partyzantów 26, 10-526 Olsztyn** kwotę **19 235 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście trzydzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocniczka oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

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 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 Białymstoku.

Przewodniczący: ……..……..……

Sygn. akt KIO 1557/14

UZASADNIENIE

Miasto Białystok, ul. Słonimska 1- Białostocki Park Naukowo- Technologiczny 15-540 Białystok, ul Żurawia 71, zwany dalej zamawiającym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Laboratorium Badania Kompatybilności Elektromagnetycznej - adaptacja pomieszczenia, zakup, dostawa i instalacja wyposażenia", nr sprawy BPN-T.271.4.2014.

Postępowanie jest prowadzone przy uwzględnieniu zasad, kiedy szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11ust. 8 ustawy Pzp,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu

11 kwietnia 2014 r. pod numerem 2014/S072-123785,

W dniu 16 lipca 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy AP-FLYER Sp. z o.o., ul. gen. Tadeusza Bora-Komorowskiego 33, 03-982 Warszawa, zwanego dalej wykonawca ten przystąpił do „przystępującym", gdyż skutecznie postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

do Od takiej odwołanie Krajowej Izby czynności zamawiającego Prezesa

Odwoławczej wniósł wykonawca Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowalne S.A., ul. Partyzantów 26, 10-526 Olsztyn, zwany dalej „Odwołującym". We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 2b i ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, poprzez:

1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę AP-FLYER Sp, z o.o. z siedzibą ul. Gen. Tadeusza Bora-Komorowskiego 33, 03-982 Warszawa, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) zaniechanie wezwania wykonawcy AP-FLYER Sp. z o.o. do udowodnienia, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia,

3) dokonanie wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez AP-FLYER Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł, o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) nakazanie zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z zestawieniem kosztów, które zostanie przedłożone na rozprawie.

Równocześnie zgłosił wniosek dowodowy o;

---

4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania i akt postępowania przetargowego,

5) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka G…… M…….., który to wniosek odwołujący cofnął na etapie rozprawy.

Odwołujący w odwołaniu podniósł trzy grupy zarzutów, pierwsza dotyczyła zaoferowania w ofercie przez przystępującego urządzeń nie spełniających wymagań SIWZ i w związku z tym oferta przystępującego winna zostać odrzucona, drugi zarzut dotyczył uznania przez zamawiającego dokumentu przedmiotowego mającego potwierdzać spełnianie wymagań SIWZ przez zaoferowane urządzenie, mimo iż nie został on doręczony zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Natomiast trzecia grupa zarzutów dotyczyła niewykazania zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż z treści zobowiązania i oświadczenia wykonawcy COMTEST nie wynikało w jakiej formie wykonawca ten będzie brał udział w postępowaniu, a przede wszystkim nie wynikało jakie zasoby i w jakim zakresie zasoby zostały udzielone.

W zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że w ocenie odwołującego się, wybór oferty AP-FLYER Sp. z o.o. nastąpił z naruszeniem prawa, albowiem treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest między innymi dostawa urządzeń stanowiących wyposażenie laboratorium, badania kompatybilności elektromagnetycznej, spełniających wymagania opisane szczegółowo w załączniku *w* 1 do SIWZ. Jednym z tych wymogów była zgodność urządzeń z najnowszymi (aktualnymi) normami jakościowymi i standardami branżowymi, pozwalającymi na przeprowadzenie procesu akredytacji laboratorium w okresie nie dłuższym niż 2 lata. Powyższy warunek znajduje swoje odzwierciedlenie w opisie poszczególnych urządzeń, jak również w treści pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym *Cały sprzęt wraz z wyposażeniem powinien być zgodny z niniejszym opisem, w tym cechować się parametrami technicznymi nie gorszymi niż określone w niniejszym opisie oraz cechować się zgodnością z wymaganiami wynikającymi z (...) wprowadzonych do stosowania najnowszych standardów technicznych serii PN-EN, przenoszących europejskie normy zharmonizowane* (wyraz *najnowszych* został wyróżniony przez zamawiającego).

Wymóg ten znalazł również swoje odzwierciedlenie w treści SIWZ (pkt III. 4 i 5) oraz

wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ (§ 2 ust. 3, § 3 ust. 5 pkt 2 a i d). Stwierdził, że urządzenia zaoferowane przez wykonawcę AP-FLYER Sp. z o.o. nie spełniają tego warunku, gdyż jak wynika z treści pkt 2.1.2 ppkt 4) załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia zamawiającemu sondy prądowej do weryfikacji prądu szczytowego SURGE zgodnie z wymaganiami normy IEC/EN 61000-4-5. Zgodnie z

opisem, przedmiotowa sonda prądowa musi posiadać konstrukcję zgodną z wymogami wskazanymi w normie IEC/EN 61000-4-5 i umożliwiać weryfikację prądu szczytowego do 5kA o parametrach czasowych 8/20us.

Wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o, zaoferował w tym punkcie sondę prądową Pearson 411 (str. 53 oferty). Powyższe urządzenie spełnia normę IEC/EN 61000-4-5 edycja 2, natomiast nie spełnia obowiązującej normy IEC/EN 61000-4-5, która obowiązuje od dnia 15 maja 2014 r. dowód: wydruk ze strony IEC z datą wejścia w życie normy IEC/EN 61000-4-5 ed. 3

Norma IEC/EN 61000-4-5 ed. 3 w pkt 6.2.3 wprowadza konieczność stosowania do kalibracji zewnętrznego kondensatora 18uF, czego nie przewidywała poprzednio obowiązująca norma IEC/EN 61000-4-5 ed. 3. W efekcie, w celu spełnienia aktualnie obowiązującej normy IEC/EN 61000-4-5 koniecznym jest dodatkowe zamontowanie urządzenia o nazwie IMN 2 produkcji firmy EM TEST, którego nie przewiduje oferta AP-FLYER Sp. z o.o. W tym punkcie oferta w/w wykonawcy jest zatem niezgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie z pkt 2.1.2 ppkt 10) załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia zamawiającemu sieci sprzęgaiaco/odsprzegaiacej do badania odporności symetrycznych linii sygnałowych zgodnie z rys. 14 normy IEC/EN 61000-4-5, spełniającej opisane w tym punkcie parametry techniczne.

Wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o. zaoferował w tym punkcie sieć sprzęgająco/odsprzęgającą do badania odporności symetrycznych linii sygnałowych typu CNV 504S produkcji EM TEST (str. 54 oferty). W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o. poinformował zamawiającego pismem z dnia 9 lipca 2014 r., że ostatecznie oferuje sieć sprzęgająco/odsprzęgającą do badania odporności symetrycznych linii sygnałowych o symbolu CNV 504S1 produkcji EM TEST.

Do pisma wykonawca załączył kartę katalogową tego wyrobu, z treści której wynika, że urządzenie to spełnia wymogi normy IEC/EN 61000-4-5 ed. 1 i 2, które w dniu składania ofert już nie obowiązywały.

Zgodnie z pkt 2.4.4 załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia zamawiającemu wyposażenia umożliwiającego wykonanie badań odporności metoda iniekcji bezpośredniej (sieci CPN) zgodnie z IEC/EN 61000-4-6.

Zgodnie z opisem zamawiającego zestaw powinien obejmować sieć sprzęgająco-odsprzęgającą o parametrach zgodnych z wymaganiami aktualnej edycji normy IEC/EN 61000-4-6, z kompletem elementów przejściowych, przewodów, tłumików i adapterów umożliwiających zarówno prowadzenie badań jak i kalibrację w systemie, zgodnie z IEC/EN 61000-4-6.

Wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o. zaoferował w tym punkcie tłumik ATT6/75 (str. 60 oferty), który nie może współpracować z oferowanym w pkt 2.4,3 generatorem sygnałowym CWS 500N1.3 produkcji EM TEST (str. 59-60 oferty). Generator ten posiada bowiem moc 80W i producent przewiduje do współpracy z tym generatorem mocniejszy tłumik ATT6/80. Tłumik ATT6/75 posiada zbyt małą moc (75 W) i jego podłączenie może doprowadzić do uszkodzenia zestawu; poza tym przewody do podłączenia tłumika nie są dopasowane do wyjścia generatora CWS 500N1.3.A

Zgodnie z pkt 2.4.5 załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do dostarczenia zamawiającemu wyposażenia umożliwiającego wykonanie badań odporności metoda iniekcji pośredniej za pomocą klamry elektromagnetycznej zgodnie z IEC/EN 61000-4-6. Zestaw powinien obejmować klamrę elektromagnetyczną do iniekcji sygnału w.cz. (BCI), sondę prądową do kontroli wartości prądu w.cz., indukowanego w badanym obwodzie, komplet elementów przejściowych, przewodów, adapterów, umożliwiających zarówno

prowadzenie badań jak i kalibrację w systemie, zgodnie z IEC/EN 61000-4-6, a także ferrytową klamrę absorpcyjną, niezbędną do odprzęgania urządzeń dołączonych do testowanego obwodu, a nie podlegających badaniu.

Wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o. zaoferował w tym punkcie zestaw Cable EM/FTC 101 SET C-BNC produkcji EM JEST (str. 62 oferty). Oferowany zestaw nie spełnia wymogów aktualnie obowiązującej normy IEC/EN 61000-4-6 ed. 4.

Wskazał, że dla wykazania zasadności swojego stanowiska w tej kwestii zwrócił się do spółki EM TEST, będącego dostawcą większości urządzeń wskazanych w ofercie AP-FLYER Sp. z o.o,, o informację, czy urządzenia opisane w ofertach obu uczestników przetargu spełniają wymogi opisane przez zamawiającego w SIWZ. Spółka EM TEST udzieliła odpowiedzi pismem z dnia 25 lipca 2014r., przesyłając jednocześnie informację o wycofaniu niektórych urządzeń z produkcji. Stwierdził że oferta wykonawcy AP-FLYER Sp. z o.o. obejmuje częściowo dostawę urządzeń niezgodnych z obowiązującymi normami technicznymi, wycofanych z produkcji czy też niewłaściwie skonfigurowanych.

W zakresie kolejnego zarzutu zwrócił uwagę, iż pismem z dnia 4 lipca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę AP-FLYER Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty w zakresie między innymi urządzenia opisanego w pkt 2.7.3.2 załącznika nr 1 do SIWZ (wzmacniacz mocy i sprzęgacz dwukierunkowy), poprzez przedłożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie parametrów przez wzmacniacz BLMA 1060-200/150 DS. oferowany przez AP-FLYER Sp. z o.o. W odpowiedzi na wezwanie, AP-FLYER Sp. z o.o. załączył do pisma z dnia 9 lipca 2014 r. kartę katalogową producenta urządzenia - firmy Bonn Elektronik. Karta ta nie zawierała jednak opisu wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego w tabeli stanowiącej pkt 2.7.3.2 załącznika nr 1, a mianowicie nie pozawalała na ustalenie wysokości urządzenia, która nie mogła przekroczyć 8 HU. Stwierdził nadto, że wykonawca,

który nie uzupełnił braków oferty w odpowiednim terminie wyznaczonym przez zamawiającego, musi zostać wykluczony z postępowania (chociaż takiego zarzutu odwołujący wprost nie podniósł). Podkreślił, że wykonawca AP-FLYER Sp. z o.o. nie kwestionował terminu do złożenia dokumentów wyznaczonego przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 4 lipca 2014 r., jak również nie wnosił o przedłużenie tego terminu przed jego upływem.

Wskazał, że odwołujący pismem z dnia 15 lipca 2014 r., złożonym już po terminie wyznaczonym przez zamawiającego do uzupełnienia oferty, ponownie uzupełnił swoją ofertę w tym zakresie i przedłożył kartę katalogową producenta urządzenia zawierającą tym razem wymagany parametr (wysokość).

W zakresie kolejnego zarzutu podał, że zamawiający zaniechał wezwania AP-FLYER Sp. z o.o. do udowodnienia, że w będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (art. 26 ust. 2b Pzp). Jak wynika z treści oferty tego wykonawcy, zamierza on zrealizować zamówienie bazując niemal w całości na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu - holenderskiej spółki Comtest Enginerring b.v. Tymczasem z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez spółkę holenderską (k. 25 oferty AP-FLYER Sp. z o.o.) nie wynika w żaden sposób, w jakiej formie nastąpi udostępnienie jej zasobów wykonawcy AP-FLYER. W świetle treści złożonego przez AP-FLYER Sp. z o.o. zobowiązania spółki Comtest Enginerring b.v., w którym nie zawarto żadnej informacji na temat współpracy obu firm, zamawiający powinien wezwać wykonawcę AP-FLYER Sp. z o.o. do wykazania, że istotnie będzie dysponował zasobami spółki holenderskiej.

Stwierdził, że podobnie wątpliwości zamawiającego powinny wzbudzić referencje przedłożone przez wykonawcę AP-FLYER Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt VI. 1.2) SiWZ. Z referencji załączonej na str. 24 oferty wystawionej Comtest Enginerring b,v. przez Thermofix SRL z Rumunii wynika bowiem, że spółka holenderska w okresie grudzień 2013 - styczeń 2014 r. wybudowała na terenie Rumunii halę laboratoryjną o kubaturze 540 m^3 i wartości ponad 3,2 min euro, wraz z wszystkimi instalacjami. Mając na względzie, iż hala wykonana została w tradycyjnej technologii murowanej, wskazany przez wykonawcę AP-FLYER Sp. z o.o. i w referencji termin realizacji tej inwestycji jest całkowicie nierealny.

Wobec powyższego zdaniem odwołującego Zamawiający powinien zatem wezwać w/w wykonawcę do złożenia prawidłowego wykazu wykonanych robót budowlanych i prawidłowej referencji.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Ponadto

podniósł zarzut, że większość zarzutów podniesionych w odwołaniu jest spóźniona. W tym zakresie podał, że zarzuty te dotyczą okoliczności istniejących w ofercie wykonawcy pierwotnie, a wykonawca AP-FLYER nie zmienił oferowanych urządzeń w stosunku do

pierwotnej treści oferty. Z tego względu taki zarzut, winien być podniesiony przez Odwołującego już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli po 4 czerwca 2014 r.. Na tym etapie odwołujący nie podnosił jednak przedmiotowego zarzutu, co wskazuje na to, iż uznał ofertę wykonawcy w tym zakresie za prawidłową. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że oferta odwołującego była wtedy wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Z doświadczenia każdego podmiotu biorącego udział w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych oraz ogólnych zasad i istoty środków odwoławczych ustanowionych postanowieniami PZP wynika, iż odwołujący po pierwszej czynności wyboru ofert w której wybrano jego ofertę, powinien był wnieść własne odwołanie, tzw. odwołanie wyprzedzające równolegle z odwołaniem spółki AP-FLYER.

Odnosząc się do kwestii podnoszonej w odwołaniu, dot. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że zarzut dotyczący nieaktualności norm na które w swojej ofercie powołuje się Wykonawca, należy uznać za chybiony. Zamawiający nie zdefiniował w Opisie Przedmiotu Zamówienia co rozumie pod pojęciem „najnowsze standardy techniczne serii PN-EN", a opisał wybrane przez siebie parametry, pisząc jednocześnie, że mają one być zgodne z wymaganiami tych najnowszych standardów. Zatem istotne dla zamawiającego były opisane parametry, a nie norma jako całość. Ponadto zgodnie z zasadami logiki przy opisaniu wymagań dotyczących urządzeń, tak jak to opisano w przedmiotowym przypadku, należy brać pod uwagę stan prawny norm na dzień wszczęcia postępowania przez zamawiającego, a nie dzień składania ofert czy jakąkolwiek późniejszą datę. Zamawiający określając wymagania w stosunku do wykonawców i sporządzając SIWZ, polegał na standardach obowiązujących w dacie sporządzenia tych dokumentów i w ten sposób zdefiniował przedmiot zamówienia. Po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie zmodyfikował SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zatem bez znaczenia winien być fakt, iż od chwili wszczęcia postępowania (08.04.2014) do dnia składania ofert, nastąpiła zmiana norm dotyczących poszczególnych urządzeń. Inna interpretacja przedmiotowego zagadnienia, prowadziłaby do absurdalnych sytuacji w których w razie zmiany normy np. w przeddzień składania ofert, oferty wszystkich Wykonawców należałoby uznać za niezgodne z wymogami i odrzucić.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust, 2b Pzp stwierdził, że jest on całkowicie chybiony, bowiem adresatem tego przepisu jest wykonawca, a przepis ten nie odnosi się do jakichkolwiek czynności zamawiającego. Należy zatem podkreślić, iż zamawiający nie mógł naruszyć przepisu, który ustanawia wobec Wykonawcy możliwość polegania na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, oraz obowiązek wykazania wobec zamawiającego iż w rzeczywistości będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w takim przypadku. Skoro bowiem przepis w żadnej

mierze nie dotyczy praw czy obowiązków Zamawiającego, trudno jest obciążyć go zarzutem naruszenia takiego przepisu. Z tych względów zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b PZP należy uznać za całkowicie nieuzasadniony.

Także za nieuzasadniony należy uznać, jego zdaniem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do ich uzupełnienia. W ocenie Odwołującego naruszającym przepisy Pzp było zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy AP-FLYER Sp. z o.o. do udowodnienia, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Za niezasadny uznał również uznać twierdzenia dotyczące referencji przedłożonych przez AP-FLYER. W tym kontekście należy powtórzyć w/w argumentację dotyczącą spóźnienia zarzutu, bowiem podobnie jak w przypadku zarzutów dotyczących urządzeń oferowanych przez wykonawcę oraz powoływania się na potencjał osoby trzeciej, Odwołujący winien był podnosić te zarzuty po pierwszej czynności oceny ofert.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie podniósł, że zamawiający przewidział obowiązek zaoferowania przez wykonawców urządzeń zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, a w szczególności w załączniku nr 1. Wskazał również, iż oferowane urządzenia muszą być zgodne z normami wymienionymi w tymże załączniku nr 1 do SIWZ. Powyższe wynikało, zgodnie z wyżej cytowanym postanowieniem SIWZ, z koniecznością przeprowadzenia akredytacji realizowanego laboratorium. Akredytacja wiąże się bowiem z procesem weryfikacji wszystkich zainstalowanych urządzeń pod względem ich zgodności z normami technicznymi, aprobatami, itp..

Wskazał, że branża, która obejmuje niniejszy przedmiot zamówienia jest niezwykle rozwijającą się i prężną dziedziną technologii. Odwołujący zarzuca przystępującemu, iż oferuje rozwiązania niezgodne z kolejnymi edycjami norm. Należy zauważyć, iż wskazane normy zmieniają się nieustannie, dostosowując się do coraz nowszych rozwiązań technologicznych. Stąd, odwołujący próbuje odnieść wrażenie, iż oferuje rozwiązania najlepsze technologiczne oraz aktualne, jednakże w momencie realizacji umowy, również oferowane przez niego urządzenia mogą zdezaktualizować, jak również mogą zostać wycofane z produkcji.

Stwierdził, że zamawiający zawarł w umowie w tym zakresie stosowny zapis. Zgodnie bowiem z §8 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy, zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w zakresie przedmiotu, jeżeli: *zaoferowany sprzęt postał wycofany z produkcji, producent zapowiedział zakończenie jego/ich produkcji, sprzęt pierwotnie oferowany został udoskonalony łub dodatkowo wyposażony.* Oznacza to, iż na etapie realizacji umowy nie wszystkie

urządzenia wskazane w ofercie będą zgodne z aktualnymi normami, co będzie wiązać się z koniecznością dokonania zmian w umowie w zakresie oferowanych urządzeń.

Za niezasadny również uznał zarzut dotyczący niewywiązania się przystępującego z wezwania w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, gdyż przystępujący w terminie przewidzianym na uzupełnienie dokumentów złożył wszystkie wymagane karty katalogowe, zgodnie z wezwaniem, również w zakresie wzmacniacza BLMA 1060-200/150 DS. Złożona przez przystępującego karta katalogowa potwierdzała wszystkie parametry minimalne określone w pkt 2.7.3.2 Załącznika nr 1 do SIWZ. Karta nie potwierdzała jedynie wysokości oferowanego wzmacniacza, tj. maksymalnej wysokości 8 HU. Jednocześnie, spełnienie tego warunku wynikało z treści oferty przystępującego, w której oświadczył, iż oferowany model wzmacniacza BLMA 1060-200/150 DS. Po dokonaniu w terminie uzupełnień dokumentów, w celu pełnego potwierdzenia wszystkich wymaganych parametrów technicznych urządzenia, przystępujący złożył dodatkowy katalog potwierdzający spełnianie minimalnego warunku w zakresie wysokości. Zgodnie z samodzielnie uzupełnionym dokumentem, oferowany przez przystępującego wzmacniacz BLMA 1060-200/150 DS spełnia wszystkie wymagania zamawiającego.

W zakresie naruszenia przepisu art. 26 ust 2b podniósł, że zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący bowiem przedstawił zobowiązanie odpowiadające wymaganiom określonym w art. 26 ust. 2b Pzp. Ponadto, dziwi przystępującego stwierdzenie, iż nie ma on wiedzy o formie współpracy pomiędzy podmiotem trzecim, a przystępującym, skoro z formularza ofertowego wynika, iż spółka Comtcst Engineering bv, Industrieweg 12, 2382NV Zoeterwoudc, Holandia będzie podwykonawcą w zakresie adaptacji budynku, dostawy i uruchomienia komory SAC (pkt 11 formularza ofertowego). Stąd, zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp należy uznać za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje uwzględnione, gdyż część z podniesionych zarzutów okazała się zasadna.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba odniosła się do wniosku zamawiającego o uznanie, że część z zarzutów została podniesiona po terminie i w związku z tym winna być pozostawiona bez rozpoznania. Zamawiający podnosząc ten zarzut wobec odwołującego wskazał, na następujące fakty - w dniu 4 czerwca 2014r. miał miejsce pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty. Żaden z wykonawców nie został wykluczony, a oferta AP-FLYER została odrzucona. Wykonawca odrzucony złożył odwołanie, do którego Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A nie przystąpiło. Odbyła się rozprawa przed KIO o sygn. 1196/14 na której wobec faktu wcześniejszego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej AP-FLYER wycofał odwołanie. Kolejny wybór miał miejsce 16 lipca 2014r.

Zamawiający z powyższej sytuacji wywodzi, że obowiązkiem wykonawcy niezależnie czy jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, czy też nie, było kwestionowanie niezgodności w ofertach innych wykonawców, nawet w ofercie wykonawcy odrzuconego. Zaniechanie tego obowiązku powoduje, jego zdaniem sytuację, że wykonawca taki na późniejszym etapie postępowania nie może powoływać się na okoliczności, co do której posiadał wiedzę już w okresie pierwszego wyboru, gdyż zarzuty w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

Izba odnosząc się do tego stanowiska zamawiającego stwierdza, że jest ono niezasadne. Od wiedzy o ewentualnych nieprawidłowościach w ofertach innych wykonawców, należy odróżnić interes we wniesieniu odwołania na te ewentualne nieprawidłowości. Po pierwszym wyborze, gdzie oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą nie miał on żadnego interesu w podnoszeniu zarzutów wobec wykonawcy którego oferta została odrzucona. Izba stwierdza, że wykonawca nie ma interesu w kwestionowaniu ofert wykonawców niżej sklasyfikowanych bądź odrzuconych. Gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołania, gdzie stwierdził, że wykonawcy winni składać tzw. odwołanie wyprzedzające, tzn. kwestionujące wszelkie niezgodności w ofertach wykonawców niżej sklasyfikowanych lub odrzuconych, to doprowadziłoby to *de facto* do zmuszania wykonawców do wnoszenia odwołań wobec ofert wykonawców, którzy w danym momencie postępowania o udzielenie zamówienia w żaden sposób im nie zagrażają.

Izba wielokrotnie wskazywała w swoich wyrokach, że wykonawca kwestionujący oferty wykonawców niżej sklasyfikowanych nie spełnia wymogu posiadania interesu o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przykładowo można wskazać na wyroki KIO wyrok KIO z 25 kwietnia 2012 r. sygn. KIO 718/12; wyrok KIO z 27 lipca 2012 r. sygn. KIO1199/12; z 17 maja 2012 r., sygn. akt KIO 816/12; z 16.11.2012 roku o sygn. akt KIO 2415/12; z dnia 10 października 2012 r. Sygn. akt: KIO 2037/12. Uzasadniając swoje stanowisko w takich sprawach KIO wskazywała, że zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione, lub zostały odrzucone nie rzutują na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego w sposób, który mógłby spowodować

naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Wykonawca kwestionując ofertę niżej sklasyfikowaną z reguły posiada interes w uzyskaniu stanu powodującego wyeliminowanie z postępowania ewentualnego konkurenta. Natomiast taki wykonawca nie jest z reguły w stanie wykazać spełnienia drugiej z kumulatywnych przesłanek z art. 179 ust.1 tj możliwości poniesienia szkody. Dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą, dopóty żadna z ofert niżej sklasyfikowanych nie może mu wyrządzić szkody. Zauważenia wymaga, że ocenę czy wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania oceniana jest na moment wnoszenia środka ochrony prawnej. Dalsze okoliczności jakie zajdą w postępowaniu po wniesieniu odwołania nie mogą być podstawą do twierdzeń, że wykonawca spóźnił się z podniesieniem określonych zarzutów.

Każda sprawa winna być rozpatrywana w zależności od stanu faktycznego sprawy, materializującego potrzebę wnoszenia środków ochrony prawnej. Wnoszenie odwołań nie może być uzasadniane wyłącznie zasadą potrzeby koncentracji środków ochrony prawnej, gdyż prezentowanie takiego stanowiska jako zasady, zdaniem Izby powodowałoby efekt występowania sytuacji, kiedy każdy z wykonawców z obawy przed zaskarżeniem jego pozycji na liście, przez innego wykonawcę, winien skarżyć niedoskonałości każdej z ofert złożonych w tym postępowaniu. Wykonawca nie może zatem skutecznie wnieść odwołania,

jeżeli nie wykaże, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp.

Izba przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdza , że wykonawcy AP-FLYER nie sposób przyznać posiadania interesu we wniesieniu odwołania przy odrzuceniu oferty obecnego odwołującego, gdyż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. W świetle powyższego, AP-FLYER mógłby co najwyżej wykazać szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia/por wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2607/10 i KIO 2613/10/.

Dlatego też zarzut podniesiony w tym zakresie Izba uznaje za niezasadny.

W zakresie grupy zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 dotyczących braku zaoferowania przez przystępującego urządzeń według najnowszych standardów technicznych serii PN-EN, Izba stwierdza niezasadność tej grupy zarzutów.

Stwierdzić należy, że oparciu o treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu oraz sporządzają swoje oferty. Od momentu ich złożenia są oni związani postanowieniami specyfikacji. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania również po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ. (por. wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 868/10). Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

W tej materii zgodzić się należy, ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że zamawiający nie zdefiniował w Opisie Przedmiotu Zamówienia co rozumie pod pojęciem „najnowsze standardy techniczne serii PN-EN", a opisał wybrane przez siebie parametry, wskazując, że mają one być zgodne z wymaganiami tych najnowszych standardów. Zatem istotne dla zamawiającego były opisane parametry, a nie norma jako całość. Ponadto założyć należy, że ze względu na ciągłe zmiany w zakresie rozwiązań technologicznych to już na etapie realizacji umowy nie wszystkie urządzenia wskazane w ofercie byłyby zgodne aktualnymi normami. Tak więc wymóg co do norm należy odczytywać w ten sposób, że składając wniosek o akredytację laboratorium, to na ten moment, wykonawca winien zainstalować urządzenia o najnowocześniejszych rozwiązaniach. Inne podejście prowadziłoby to do absurdalnej sytuacji, że wykonawca winien składać oferty w ostatni dzień przed upływem wskazanego w SIWZ terminu otwarcia ofert, gdyż w innej sytuacji może zaoferować urządzenia nie najnowocześniejsze i narazić się na odrzucenie oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Dlatego też, Izba przyjmuje za zasadne stanowisko zamawiającego, że oczekiwał on złożenia przez wykonawców ofert spełniających wymagania minimalne / *cyt. nie gorszymi niż określone w niniejszym opisie/* wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ.

Zauważenia wymaga, że rola wykonawcy w tym postępowaniu nie kończy się wraz z wykonaniem robót wskazanych w rozdz. III pkt 3 ppkt 1 SIWZ, ale będą one również obejmować przygotowanie Laboratorium do akredytacji wraz ze złożeniem stosownego wniosku, który winien nastąpić nie później niż 2 lata od momentu jego uruchomienia. Tym samym wymóg zaoferowania najnowocześniejszych urządzeń, winien być spełniony na termin składania wniosku o akredytację Laboratorium. Dlatego też wg. SIWZ wykonawcy winni byli założyć, że w trakcie przygotowywania laboratorium do akredytacji, będzie konieczna zmiana niektórych już zaoferowanych urządzeń na najnowocześniejsze i znając ten wymóg winni byli koszty z tym związane ująć w cenie ofertowej.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp, poprzez nie uzupełnienia przez przystępującego na wezwanie zamawiającego, katalogu zaoferowanego w zakresie pkt 2.7.3.2 urządzenia, Izba uznaje zarzut ten za częściowo zasadny, wymagający ponownej oceny przez zamawiającego w zaistniałej sytuacji. Odwołujący podnosił zarzut, że w przedłożonym pierwotnie katalogu nie była podana wysokość zaoferowanego urządzenia, która miał być określona wg załącznika nr 1 do SIWZ w jednostce „HU". Na rozprawie, na pytanie przewodniczącego czy podanie w odpowiedniej rubryce wielkości „630" mm nie jest podaniem wymiaru możliwego do przeliczenia wysokości urządzenia, pełnomocnik odwołującego oświadczył, że w SIWZ wymagano podania wielkości wymiaru wg. współczynnika HU, dlatego tez wielkość podana w „mm" jest niewystarczająca. Izba stwierdza, że sam fakt podania wymiaru w innej jednostce miary niż jednostce HU nie może być podstawą do odrzucenia oferty z powodu niezgodności z SIWZ, gdyż tylko niezgodność oferty z SIWZ w zakresie merytorycznym, może być podstawą jej odrzucenia. Izba rozpatrując ten zarzut w świetle stanowiska prezentowanego przez odwołującego, powzięła wątpliwości w tym zakresie i uznała, że sprawa ta winna być wyjaśniona przez zamawiającego przy ponownym badaniu ofert. Wątpliwości w tej kwestii budzi fakt, że podany wymiar 630mm nie jest przypisany do określonego oznaczenia wymiaru tj czy do wysokości „H" czy do głębokości tego urządzenia „D". Jeśli dotyczył on wymaganej w poz 2.7.3.2 wysokości wzmacniacza to przesłanie kolejnego katalogu nie miało znaczenia dla wykazania spełniania tego parametru.

Wątpliwości budzi również stanowisko podane przez zamawiającego i przystępującego, że przystępujący w dniu 15 lipca przekazał kolejny, taki sam katalog tego samego urządzenia/ *najnowszą kartę katalogową wskazanego w ofercie wzmacniacza - pismo z 15.07.2014 r/,* gdzie wymiar w jednostce HU został podany. Otóż z analizy obu ww. katalogów wynika, że dotyczą on innych urządzeń - niezależnie od podania w jednym z nich wymiaru „7HU". Rozbieżności wynikają w zakresie kilku podanych parametrów urządzenia np. w dokumencie przesłanym w terminie, waga urządzenia wynosi 110kg, a wg dokumentu przesłanego 15 lipca wynosi 72 kg, itp. Wszystko to wskazuje, że któryś z przesłanych katalogów zawiera nieprawdziwe informacje, czego zamawiający nie wyjaśnił i nie ocenił.

Odnosząc się do stanowiska prawnego jakie zaprezentował zamawiający uzasadniając możliwość przesłania dokumentu na wezwania po wskazanym w wezwaniu terminie, to należy stwierdzić, że jest ono nie do przyjęcia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (…).*

Dzięki tej regulacji, stanowiącej wyjątek od zasady określonej przepisem art. 26 ust. 2a, wykonawcy uzyskali „drugą szansę" na potwierdzenie warunków udziału w sytuacji, gdy nie złożyli któregokolwiek z wymaganych przez zamawiającego dokumentów.

Jednakże nie złożenie we wskazanym terminie dokumentu o który wykonawca był wzywany skutkuje w zależności od tego czy dotyczyło to dokumentu podmiotowego czy przedmiotowego wykluczeniem wykonawcy z postępowania, bądź odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Niewątpliwie, żądany katalog był dokumentem mającym potwierdzać spełnianie przez zaoferowane urządzenie wymagań SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia, dlatego też jest on dokumentem przedmiotowym.

Wskazany przepis nadto stwierdza jednoznacznie „zamawiający (…) *wzywa do ich złożenia w określonym terminie".* Tym samym nieuzupełnienie w terminie w odpowiedzi na wezwanie wskazanego dokumentu, nie powoduje „naprawy" braków w ofercie i winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania bądź odrzuceniem jego oferty. Uzupełnianie dokumentów po terminie wskazanym w wezwaniu, jest bezskuteczne.

W tym stanie faktycznym sprawy niezasadne jest powoływanie się na orzecznictwo KIO w zakresie, możliwości uzupełnienia dokumentów oferty przez wykonawcę samodzielnie - przed ewentualnym wezwaniem przez zamawiającego. Uszło uwadze zamawiającemu, że inna jest sytuacja/do której odnoszą się wyroki KIO/ wykonawcy, który zauważając po otwarciu ofert brak dokumentu w swojej ofercie przesyła go zamawiającemu, jeszcze przed wezwaniem go w trybie art. 26 ust.3. Zupełnie inna jest sytuacja wykonawcy, który będąc wezwany do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia, przesyła w wskazanym terminie

dokument wadliwy, a dopiero po upływie terminu przesyła z własnej inicjatywy (bo był już wzywany i ponownie być nie powinien), dokument prawidłowy. W pierwszej sytuacji w niektórych przypadkach, kiedy np. przesłano dokument wymagany w formie pisemnej, to zamawiający winien przyjąć ten dokument, gdyż wykonawca nie miałby możliwości ponownie przesłania tego dokumentu w wymaganej formie, w odpowiedzi na wezwanie. Natomiast w drugim przypadku nie mamy do czynienia z uzupełnieniem – bo wskazany w wezwaniu termin już upłynął i takie przesłanie dokumentu jest prawnie bezskuteczne.

W zakresie tego zarzutu należy również odnieść się do stanowiska zamawiającego jakoby spełnienie warunku z pkt 2.7.3.2 OPZ wynikało już z samej treści oferty przystępującego, w której oświadczył, iż oferowany model wzmacniacza BLMA 1060-200/150 DS. spełnia wymagania. W tym zakresie stwierdzić należy, że fakt złożenia takiego oświadczenia w treści oferty nie może zastępować wymagań SIWZ co do potrzeby złożenia określonych dokumentów i oświadczeń, z których ma jednoznacznie wynikać spełnianie stawianych wykonawcom warunków. Tym samym jest niewystarczające.

Dlatego też przy ponownym badaniu i ocenie ofert zamawiający winien ww. wątpliwości wyjaśnić i przesłane katalogi poddać wnikliwej ocenie w szczególności co do ustalenia czego dotyczy wymiar „630mm”.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy AP-FLYER Sp. z o.o. do udowodnienia, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia, Izba uznała powyższy zarzut za zasadny.

Na wstępie zauważyć należy, że wykonawca może w postępowaniu polegać na zasobach podmiotu trzeciego. Korzystający z zasobów wykonawca wykazuje, iż przy pomocy podmiotu trzeciego będzie posiadał możliwość wykonania zamówienia, oraz wykazuje spełnianie postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest 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.* Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należytą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. (por. Uchwała KIO-KU 65/14)

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika także, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Weryfikacja ta ma ***w*** szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszystkie wskazane przez niego zasoby, przez cały czas wykonywania zamówienia." ***(orzeczenie*** Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

Z przedłożonego oświadczenia podmiotu trzeciego winno wynikać - po pierwsze, jakie zasoby zostaną udostępnione (np. podwykonawstwo, doradztwo), po drugie, jaki faktycznie zakres zasobów jest dostępny wykonawcy, po trzecie, w jaki sposób zasoby zostaną

udostępnione i na jaki okres.

Z analizy załączonych do oferty zobowiązania i oświadczenia o udostępnienia zasobów wynika, że podmiot udostępniający COMTEST zobowiązał się do „oddania *do dyspozycji spółki AP-Flyer Sp. z o.o. ubiegającej się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, potencjału oraz niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia odnośnie, budowy i adaptacji budynków/hal na potrzeby instalacji komór EMC, dostaw komór bezodbiciowych wskazanych w załączonym wykazie dostaw poniżej oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia".*

Oceniając powyższe stwierdzić należy, że w żaden sposób nie da się z powyższej treści zobowiązania wywieść charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci. Nie wskazano charakteru udziału podmiotu udostępniającego, czy to będzie – np. podwykonawstwo albo inna forma uczestnictwa w realizacji zamówienia. Zamawiający i przystępujący wywodzili, że powyższą treść zobowiązania należy czytać wraz z innymi dokumentami tj, formularzem ofertowym, gdzie w pkt 11 wykonawca AP-FLYER wskazał, że firma Comtest będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, wykonując zadania, pn. „adaptacja *budynku, dostawa i uruchomienie komory SAC".*

Izba stwierdza, że nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i charakteru doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta. Z zobowiązania złożonego przez przystępującego w ofercie, a pochodzącego od podmiotu trzeciego firmy Comtest Engineering bv - nie wynika by podmiot ten miał w jakikolwiek sposób brać udział w wykonaniu zamówienia. Przystępujący samodzielnie nie może złożyć oświadczenia, że podmiot udostępniający mu zasoby będzie w nim uczestniczył w charakterze podwykonawcy. Takie zobowiązanie może złożyć tylko podmiot udostępniający zasoby, gdyż to jego zobowiązanie wykonawca przedstawia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zobowiązanie ocenia zamawiający na spełnienie wymagań a art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba odnosząc się do stanowiska zamawiającego, jakoby zamawiający nie mógł naruszyć treści przepisu art. 26 ust. 2b, gdyż przepis ten jest adresowany tylko do wykonawcy, Izba stwierdza, że jest to pogląd nieznany ustawie Pzp. Jak stwierdziła w

wyroku KIO, o sygn. akt KIO 1467/11, zamawiający jest zobowiązany do rzetelnej i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców niezależnie od tego czy dla spełnienia warunku legitymują się oni doświadczeniem własnym, czy innego podmiotu użyczającego mu zasobów. To, że dany przepis odnosi się do wykonawcy nie zwalnia zamawiającego od sprawdzenia, czy wykonawca przepis ten właściwie zastosował.

Wątpliwości Izby budzi również kwestia różnicy pomiędzy zakresem udostępnionych zasobów, z wskazaniem zakresu, który miałby realizować w ramach podwykonawstwa podmiot je udostępniający. Zakres wskazanego podwykonawstwa jest inny- węższy, niż zakres wynikający z zobowiązania. Nie wskazano w jakim charakterze nastąpi przekazanie przystępującemu tych innych zasobów nie wskazanych w przy podwykonawstwie.

Izba podziela również stanowisko odwołującego co do uzasadnionych wątpliwości co do prawdziwości złożonego przez firmę Comtest Engineering bv. dot. wykazu wykonanych robót i referencji mających potwierdzać prawidłowe ich wykonanie. W załączniku 7b, obejmującym wykaz wykonanych robót, podano budowę hali o powierzchni 2834 m2 wraz z wykonaniem robót instalacyjnych stwierdzając, że przedmiotowe roboty zostały wykonane w okresie grudzień 2013 do styczeń 2014. Z załączonego listu referencyjnego z 29.04.2014 roku wynika, że roboty budowlane wykonano we wskazanym w wykazie robót terminie, ale podano, że 2834 m2 to powierzchnia działki na której wzniesiono halę, a nie powierzchnia hali. Na rozprawie przystępujący przedłożył drugi list referencyjny z tej samej daty, podpisany przez tę samą osobę - z innym układem pieczątek, z której wynika, że roboty budowlane zostały wykonane w terminie od maja do listopada 2013 roku. Powyższe dokumenty budzą poważne wątpliwości co do ich prawdziwości. Zamawiający zaniechał wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający na rozprawie odnosząc się do powyższej kwestii

stwierdził, że jego zdaniem od początku było wiadomo, że w zakresie dat popełniono oczywistą omyłkę pisarską. Izba zauważa, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający winien najpierw doprowadzić treść oferty do zgodności z wymaganiami SIWZ i jeśli stwierdził oczywistą omyłkę to winien ja poprawić w trybie art. 87 ust.2 Pzp.

Z uwagi na treść art. 26 ust.3 Pzp w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, tj. do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich potwierdzających, że zakres i sposób udostępnienia zasobów zapewnia należytą realizację zamówienia lub do złożenia bądź uzupełnienia innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału.

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że AP-FLYER legitymując się ww. dokumentami nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ……..