

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2016 r. przez **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) MO-BRUK S.A z siedzibą w Niecew, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola,**

przy udziale wykonawcy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego** kwotę **20 000 zł 00** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rekultywacja stawów osadowych 1 – 6 na byłym terenie Huty Stalowa Wola S.A. oraz składowiska odpadów innych niż niebezpieczne w Stalowej Woli”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 076-133066 z dnia 19 kwietnia 2016 r.

W dniu 27 lipca 2016 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach.

W dniu 5 sierpnia 2016 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) MO-BRUK S.A. z siedzibą w Niecw – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących, niezgodnych z PZP czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechania wykluczenia Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z postępowania,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Hydrogeotechnika Sp. z o.o. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz przepisami PZP, a w konsekwencji
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Hydrogeotechnika Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, 24 ust. 2 pkt 1), art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz 2) Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Hydrogeotechnika Sp. z o.o. lub wykluczenia Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z postępowania

3

o udzielenie zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający naruszył przepisy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki Hydrogeotechnika Sp. z o.o. Oferta ta podlega odrzuceniu, albowiem jej treść nie jest zgodna z SIWZ, a ponadto wykonawca w ramach procedury uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty (art. 26 ust. 3 PZP) dokonał jej istotnej zmiany, co jest niedopuszczalne na gruncie PZP.

Podniesiono, że wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. powołał się w ofercie na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia spółki Hoster Sp. z o.o., jednocześnie jednak podmiot ten nie ma brać bezpośredniego udziału w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. W treści oferty wskazano, że podwykonawstwo dotyczyć będzie tylko przetwarzania określonych rodzajów odpadów. Z załączonych do oferty dokumentów wynikało, że spółka Hoster Sp. z o.o. nie będzie podwykonawcą, a tylko udostępni zasoby doświadczenia w bliżej nieokreślony sposób. Tym samym udostępnienie tych zasobów miałoby charakter fikcyjny i nie spełniałoby wymogów wynikających z przepisów prawa. Odwołujący dla poparcia swojego stanowiska przywołał szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazano następnie, że pismem z dnia 18 lipca 2016 r. Zamawiający wezwał spółkę Hydrogeotechnika Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty poprzez wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. pismem z dnia 20 lipca 2016 r. wskazała, iż w treści oferty rzekomo omyłkowo nie wskazała spółki Hoster Sp. z o.o. jako podwykonawcy i wraz z tym pismem przedłożyła zmienione załączniki do oferty obejmujące wykaz podwykonawców, wykaz zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcom oraz nowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów spółki Hoster Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że powyższa zmiana nie może zostać zakwalifikowana jako sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej ani też jako uzupełnienie brakujących dokumentów. Stanowi ona istotną zmianę treści oferty i narusza przepis art. 87 ust. 1 PZP.

Odwołujący poparł swoją argumentację poglądami doktryny oraz orzecznictwa KIO, przytaczając m.in., że jak wskazano w doktrynie (Bazan A. Nowicki J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz): „Na podstawie art. 87 ust 1 zamawiający może żądać wyłącznie wyjaśnienia treści oferty. Za zmianę treści oferty w rozumieniu art. 87 ust 1 można uznać rozszerzenie zakresu podwykonawstwa. Do zagadnienia niedopuszczalności rozszerzenia

4

zakresu podwykonawstwa o inną część zamówienia niż podana pierwotnie w ofercie w ramach art. 87 ust. 1 odniosła się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., KIO/UZP 2854/12, www.uzp.gov.pl, w którym stwierdziła, że: "Zamawiający słusznie uznał, iż w wyniku złożenia wyjaśnień z 28 listopada 2012 r. Odwołujący dokonał

niedopuszczalnej powyższym przepisem zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Izba nie zgadza się z poglądem prezentowanym w odwołaniu, iż Odwołujący uszczegółowił jedynie informacje co do zakresu planowanego podwykonawstwa."

Ponadto wskazano także (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz) iż „*W kontekście dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia warto zauważyć, że instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Artykuł 87 ust. 1 wyraźnie stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może więc prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty. Przez przedstawienie dodatkowych dokumentów nie może dojść w postępowaniu do zmiany zaoferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania robót budowlanych, byłoby to bowiem złamaniem normy wyrażonej w art. 87 ust. 1*".

Odwołujący argumentował następnie, że oferta spółki Hydrogeotechnika Sp. z o.o. powinna być odrzucona także z innych powodów lub też Hydrogeotechnika Sp. z o.o. powinna być wykluczona z postępowania.

Podniesiono, że spółka należąca do grupy kapitałowej wraz z wykonawcą, tj. Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. sporządzała „*Projekt budowlany rekultywacji stawów osadowych I–VI na terenie Huty Stalowa Wola oraz składowiska odpadów innych niż niebezpieczne*”. Według tego właśnie projektu zwycięzca przetargu będzie wykonywał przedmiotowe zamówienie. Autorem tego projektu jest pan A. G., zgodnie z treścią oferty pracownik firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o., który ma być kierownikiem robót budowlanych w zakresie specjalności instalacyjnej. Ta sama osoba jest także autorem specyfikacji technicznej dla procesu solidyfikacji oraz kosztorysu inwestorskiego - w aktach postępowania w posiadaniu Zamawiającego.

Wskazano, iż spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. w swoim piśmie z dnia 20 lipca 2016 r. podała, że wskazała pana A. G. omyłkowo i że nie jest on wyznaczony do realizacji zadań w ramach zamówienia. Nie ma to jednak żadnego znaczenia. Istotne jest to, że pan A. G. będąc pracownikiem firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wykonał kluczowe czynności w

5

zakresie przygotowania zamówienia przez Zamawiającego, w tym projekt budowlany i kosztorys inwestorski.

Ponadto podniesiono, że spółka Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. sprawować będzie nadzór autorski nad wykonaniem zamówienia. Tym samym pan A. G. — jako autor projektu - będzie nadzorował wykonanie prac przez swojego pracodawcę. Taka sytuacja jest niemożliwa do zaakceptowania.

Odwołujący podkreślił także, że nie ma przy tym żadnej gwarancji, że wbrew oświadczeniu firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. nie będzie on wykonywał czynności w zakresie kierowania pracami. Nie jest bowiem wiarygodne twierdzenie spółki Hydrogeotechnika Sp. z o.o., iż jego wskazanie było wynikiem omyłki. Spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. zamierzała powierzyć mu kierowanie pracami i - przynajmniej oficjalnie - wycofała się z tego pod wpływem wątpliwości zgłoszonych przez Zamawiającego. Można więc zakładać, że faktycznie to on będzie kierować pracami, a wskazany zamiast niego pan D. W. będzie kierownikiem jedynie formalnie.

Odwołujący argumentował ponadto, że wykonawca spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. brała bezpośredni udział także w innych kluczowych czynnościach przygotowania zamówienia. Zgodnie z treścią koreferatu prof. A. S. wykonawca sporządził „*Ekspertyzę hydrogeologiczną obejmującą analizę wpływu przyjętego sposobu rekultywacji stawów osadowych w Stalowej Woli na środowisko gruntowo - wodne*”. Jak natomiast wskazano na stronie 13 Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia z dnia 3 lutego 2014 r. spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. sporządziła także „*Dokumentację geotechniczną pod projektowane rowy opaskowe w rejonie rekultywowanych stawów osadowych 1-6 składowiska odpadów innych niż niebezpieczne na terenie Huty Stalowa Wola*”. Raport środowiskowy sporządzony został przez spółkę Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. W istocie rzeczy więc wykonawca sam zaplanował i zarekomendował Zamawiającemu prace, które teraz miałby wykonywać.

Odwołujący wskazuje na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień

publicznych podniósł, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2011 r. KIO 1406/11: „O zaistnieniu przesłanki określonej w przepisie art. 24 ust 2 pkt 1 p.z.p. decyduje bezpośrednio, tj. bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej. Nie jest natomiast konieczne, aby tego typu powiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miały źródło w jakimkolwiek stosunku prawnym bezpośrednio ich łączącym przed wszczęciem postępowania.”

6

Odwołujący przytoczył, że w wyroku tym KIO uznała, że wykonanie projektu robót budowlanych daje ich przyszłemu ewentualnemu wykonawcy znaczną przewagę nad konkurentami, co znacząco ogranicza uczciwą i równą konkurencję. Odwołujący poparł swoją argumentację także innymi wyrokami Izby, wskazując, iż sporządzenie projektu budowlanego oraz raportu środowiskowego i ekspertyz naukowych poprzedzających ogłoszenie zamówienia na roboty budowlane przez przyszłego wykonawcę robót w oczywisty sposób zaburza uczciwą konkurencję i daje wykonawcy ogromną przewagę konkurencyjną. Ma on przede wszystkim nieporównywalną z innymi wykonawcami wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, w tym charakterystyki terenu podlegającego rekultywacji, ilości i rodzaju znajdujących się tam odpadów oraz ryzyk i niebezpieczeństw związanych z wykonaniem zamówienia. W dodatku to sam wykonawca przyczynił się do wyboru takiego, a nie innego sposobu wykonania rekultywacji opisanego w SiWZ, mógł więc wybrać i zarekomendować sposób dla siebie najwygodniejszy.

Odwołujący podniósł następnie, że zgodnie z ustawą Pzp, zapisami zawartymi w SiWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu obowiązkiem wykonawcy jest wskazanie, czy należy do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a jeśli należy, obowiązany jest wskazać wszystkie pozostałe podmioty należące do tej samej grupy.

Wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. podała, iż nie należy do żadnej grupy kapitałowej. Jest to nieprawdą, a tym samym wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd co do istotnych dla postępowania okoliczności. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 14 pkt 14) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem grupy kapitałowej rozumienie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Przez kontrolę rozumie się natomiast wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami oraz uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami (art. 4 pkt 4).

7

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazał, że wykonawca spółka Hydrogeotechnika sp. z o.o. tworzy grupę kapitałową w rozumieniu ww. przepisów wraz ze spółką Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. (KRS 218880) oraz głównym wspólnikiem obu tych spółek, panem R. L.. Pan R. L. posiada 208 na 400 udziałów w spółce Hydrogeotechnika Sp. z o.o., a więc kontroluje tę spółkę posiadając większość głosów na zgromadzeniu wspólników. Ponadto pan R. L. sprawuje faktyczną kontrolę nad spółką Przedsiębiorstwo Geologiczne sp. z o.o. Posiada on w tej spółce dokładnie połowę, tj. 600 na 1,200 udziałów. Dodatkowo wszystkie pozostałe udziały w spółkach Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. należą do tych samych osób, tj. do pani A. B. i pana G. B., czyli najbliższej rodziny pana R. L. - pani A. B. jest jego córka, a pan G. B. wnukiem. Pan R. L. jest pomysłodawcą i założycielem obu przedsiębiorstw. Jeszcze w 2007 r. posiadał wszystkie udziały w spółce Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. W 2007

r. pan R. L. przekazał połowę, tj. 600 udziałów swoje córce, A. B.. Następnie pani A. B. podarowała swojemu synowi G. B. 120 udziałów.

Odwołujący stwierdził w konsekwencji, że sytuacja wygląda więc w ten sposób, że pan R. L. stworzył dwa przedsiębiorstwa i następnie dopuścił do udziału w nich swoich zstępnych. Faktycznie jednak to on sprawuje nad nimi pełną kontrolę. Są to przedsiębiorstwa rodzinne i pan R. L. jako ich fundator ma decydujący wpływ na ich działanie. Może też wpływać na sposób głosowania pani A. B. i pana G. B. na zgromadzeniu wspólników spółki Przedsiębiorstwo Geologiczne sp. z o.o. w ten sposób, że od głosowania zgodnie z jego wolą może uzależnić np. decyzję o wypłacie dywidendy czy wszelkie inne decyzje w Spółce Hydrogeotechnika Sp. z o.o., gdzie ma większość udziałów.

Odwołujący argumentował, że w świetle powyższych faktów oraz zasad prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego oczywistym jest dla każdego, że spółki Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. kontrolowane są przez jednego przedsiębiorcę, tj. pana R. L.. W związku z tym razem z tym przedsiębiorcą tworzą one grupę kapitałową. Tym samym spółka Hydrogeotechnika Sp. z o.o. świadomie zataiła fakt przynależności do grupy kapitałowej - albowiem trudno zakładać, by jej zarząd nie miał wiedzy o powyższych okolicznościach. W konsekwencji oferta spółki Hydrogeotechnika Sp. z o.o. podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł następnie, że zgodnie z zapisem Rozdziału VII punkt 3.d) SIWZ wykonawca obowiązany był na potwierdzenie doświadczenia eksperta w dziedzinie iniekcji przedstawić co najmniej jedną pracę, w której uczestniczył ekspert. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN słowo „przedstawić” znaczy tyle, co „zaprezentować komuś kogoś,

8

podając o nim bliższe informacje lub pokazać coś komuś, aby mógł się z tym zapoznać. Przedstawić znaczy więc bez wątpienia więcej, niż „wskazać” czy „nazwać”.

W złożonej ofercie wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wskazał, iż osoba mająca być ekspertem do spraw iniekcji brała udział w pracach iniekcyjnych na obiekcie IKEA we Wrocławiu w 2013 r., co nie wyczerpuje ww. wymogu potwierdzenia wymaganego doświadczenia i przedstawienia pracy, w której uczestniczył ekspert. Wykonawca nie podał żadnych szczegółów zadania, w którym ekspert miał uczestniczyć ani jakichkolwiek bliższych informacji na temat charakteru i zakresu tego uczestnictwa. Nie przedłożył też żadnych dokumentów potwierdzających to uczestnictwo i prawidłowe oraz profesjonalne wykonanie zadań przez tego eksperta.

Wykonawca podał, że ekspert ma 19 lat doświadczenia zawodowego, a jednocześnie nie wskazał żadnych szczegółów dotyczących wykonywania przez niego prac w zakresie robót iniekcyjnych. Prowadzi to do wniosku, że ekspert ten posiada doświadczenie zawodowe w zupełnie odmiennych obszarach, a w pracach na obiekcie IEKA uczestniczył jedynie pobocznie. Gdyby było inaczej, wykonawca z pewnością pochwaliłby się tym i szczegółowo zaprezentował doświadczenie eksperta, tak jak zaprezentował i udokumentował własne w zakresie prac ex - situ.

Odwołujący stwierdził jednocześnie, że znamienne jest także to, że wykonawca w zakresie prac iniekcyjnych powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego obejmujące zupełnie inne zadanie niż to, w którym miał uczestniczyć wskazany przez niego ekspert. Prowadzi to do wniosku, że ekspert nie uczestniczył w projekcie, który spełniałby wymagania określone w postępowaniu - gdyby bowiem tak było, wówczas wykonawca nie musiałby powoływać się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Jednocześnie - jak to zostało już wyżej szeroko uzasadnione - przekazanie doświadczenia należy uznać za fikcyjne, skoro w charakterze głównego eksperta nie występuje osoba z ramienia spółki Hoster Sp. z o.o., która to spółka ma dzielić się doświadczeniem i wiedzą. Z oferty wynika, że jedyna osoba, która będzie odpowiedzialna za całość prac iniekcyjnych nie ma odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał na wstępie, że zarzuty Odwołującego są oczywiście chybione i nie znajdują jakiegokolwiek oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisach aktów wykonawczych do ww. ustawy, a także w utrwalonej linii orzeczniczej KIO.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż w ofercie Wykonawcy nie złożono prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego

potencjału zamierzał skorzystać wybrany Wykonawca, istnieją bowiem wątpliwości czy podmiot ten będzie miał realną możliwość przekazania swojego doświadczenia. Odwołujący sygnalizował powyższą uwagę w piśmie skierowanym do Zamawiającego jeszcze na etapie postępowania. Odwołujący wywodzi, że z załączonych do oferty dokumentów wynikało, że HOSTER

Sp. z o.o. nie będzie podwykonawcą, a tylko udostępni zasoby doświadczenia w bliżej nieokreślony sposób. Tym samym udostępnienie tych zasobów będzie mieć charakter fikcyjny i nie będzie spełniać wymogów wynikających z przepisów prawa. Na poparcie owej tezy Odwołujący przytacza kilkanaście orzeczeń KIO wskazujących na konieczność faktycznego udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał doświadczenia w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa.

Zamawiający podniósł, że zważyć należy, iż poglądem dominującym jest stanowisko według którego zaangażowanie podmiotu trzeciego w realizację zamówienia musi mieć charakter bezpośredni, ale równocześnie nie można wymagać by stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim przybierał formę podwykonawstwa. W przytaczającej większości wyroków podkreśla się, iż art. 26 ust. 2 b PZP precyzuje, że charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim jest nieistotny. Przepisy PZP dopuszczają więc każdą formę współpracy przy realizacji zamówienia, o ile zastosowana forma gwarantuje realne zaangażowanie podmiotu trzeciego w realizację zamówienia. W wyrokach zaznacza się konieczność badania przez zamawiającego charakteru stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, ale równocześnie wskazuje się, iż nie można wymagać by współpraca tych podmiotów miała przybierać formę umowy podwykonawczej. Wyroki prezentujące odmienne stanowisko zapadają niezwykle rzadko. Istotą zagwarantowania zamawiającemu realności dysponowania cudzym potencjałem nie jest forma współpracy pomiędzy przedsiębiorcami. Warunkiem bezpośredniego zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia nie jest zlecenie części świadczenia temu podmiotowi jako podwykonawcy. Zamawiający przywołał na poparcie swojej argumentacji szereg orzeczeń KIO.

Zamawiający podniósł następnie, że gdyby nawet Hydrogeotechnika Sp. z o.o. nie uzupełniła załączników do oferty poprzez jednoznaczne wskazanie, że Spółka Hoster będzie podwykonawcą, na części zamówienia, to w świetle postanowień art. 26 ust.2b PZP oraz dominującej linii orzeczniczej KIO i tak należałoby uznać, że jej oferta jest zgodna z SIWZ i PZP. Wniosek ten jest tym bardziej uprawniony, że udostępnione przez Spółkę Hoster doświadczenie dotyczyło wyłącznie robót infekcyjnych, których zakres cenowy zarówno w

ofercie wybranego Wykonawcy jak i w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego nie przekraczał 10 % wartości zamówienia.

Argumentowano następnie, że Zamawiający jednakże - mając na uwadze, iż pojawiają się w linii orzeczniczej KIO odmienne interpretacyjne art. 26 ust. 2b PZP (odnośnie przekazania doświadczenia przez podmiot nie będący podwykonawcą), a także mając na uwadze treść oferty, w której oferent wskazał, że będzie realizował zamówienie w określonym zakresie przy pomocy podwykonawcy - wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia bowiem treść oferty nasuwała wniosek, że Wykonawca omyłkowo nie wskazał podwykonawcy. Na powyższe wezwanie Wykonawca odpowiedział, że w złożonej ofercie omyłkowo nie wskazał firmy Hoster Sp. z o.o. jako podwykonawcy wykonującego roboty iniekcyjne i konwalidował owo uchybienie poprzez złożenie właściwych dokumentów tj. zobowiązania firmy Hoster Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, właściwego wykazu zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcom oraz wykazu podwykonawców.

Zamawiający podkreślił, że choć Odwołujący zakwestionował prawidłowość powyższego działania wybranego Wykonawcy to istotnym jednak jest, że Odwołujący podnosząc zarzut niedopuszczalności opisanego powyżej działania firmy Hydrotechnika Sp. z o.o. powołał się na orzeczenia KIO zapadłe w zgołą odmiennym stanie faktycznym. Oba przywołane przez Odwołującego się orzeczenia dotyczyły sytuacji, w której

Zamawiający działał w ramach regulacji zawartej w art. 87 PZP (a nie jak Gmina Stalowa Wola w ramach art. 26 ust 3 PZP), a także dokonywał swoistego rodzaju negocjacji z Wykonawcą oraz dopuścił do daleko idącej zmiany postanowień zawartych w formularzu ofertowym tj. w pierwotnym oświadczeniu woli złożonym przez Wykonawcę.

Argumentowano dalej, że w przedmiotowym postępowaniu wyłoniony Wykonawca nie zadeklarował, iż zamierza wykonać zamówienie sam, a wręcz jednoznacznie oświadczył, iż część robót w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 16 101 01* oraz kodzie 17 01 06* wykona przy pomocy podwykonawcy równocześnie - jak domniemywał Zamawiający - omyłkowo nie wskazując tego podwykonawcy w ofercie. Zamawiający uznał, że tak skonstruowaną ofertę, a w szczególności rodzaj i wagę zawartych w niej oświadczeń wykonawcy i ich znaczenie dla złożonej ofert należy badać i oceniać indywidualnie. Podniesiono, że Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż nie można jedną miarą traktować każdego postępowania i każdorazowo winno badać się wagę oświadczeń woli wykonawców- vide: wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (KIO 451/16).

11

Zamawiający podkreślił także, że podstawowy zarzut odwołania oparty jest na niezgodności oferty Hydrogeotechniki Sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz przepisami PZP, co w ocenie Odwołującego winno skutkować odrzuceniem oferty wyłonionej w postępowaniu firmy i wykluczeniem Hydrogeotechniki Sp. z o.o. z postępowania. Zarówno w świetle doktryny jak i stanowiska linii orzeczniczej KIO można generalnie przyjąć, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje - z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Zamawiający podniósł również, że częścią oferty w powyższym rozumieniu nie są natomiast tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, a potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP. Dokumenty tego typu odnoszą się do podmiotowych cech wykonawcy, badanych na potrzeby jego dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości przyjęcia jego oferty. Dokumenty te nie są więc częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie (oferty) - przeważnie nie są elementem oświadczenia to opisującym czy dookreślającym (przypadki szczególne i wyjątki zależą od brzmienia dokumentów przetargowych, które np. mogą nakładać na wykonawcę zobowiązanie do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia określonego potencjału podmiotowego, który wykazywał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Argumentowano dalej, że przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, że brak wykazania przez wykonawcę spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdziale VII pkt.1 ppkt. 2) SIWZ stwierdzony przez Zamawiającego na etapie badania ofert nie mógł być zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP -w piśmie z dnia 18 lipca 2016 r. Zamawiający powoływał i wskazywał na braki w wykazaniu spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, a nie niezgodność oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, z treścią SIWZ. W konsekwencji uznać

12

należy, że ewentualną podstawą czynności Zamawiającego winien być w tym przypadku przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP stanowiący o wykluczeniu wykonawcy. Jednakże w takim wypadku, wykluczenie wykonawcy mogłoby dokonać się dopiero po obligatoryjnym przeprowadzeniu procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 PZP. Przy czym

obowiązek wystosowania wezwania na podstawie ww. przepisu zachodzi zarówno w przypadku fizycznego braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia dokumentów zawierających błędy, jak też dokumentów, które nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego. Przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub są dokumentami innymi niż dokumenty wymagane i opisane przez Zamawiającego, jest równoważne z brakiem przedstawienia dokumentów wymaganych i skutkuje koniecznością wezwania do ich uzupełnienia.

Zamawiający wskazał, że odnosząc powyższe do stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu stwierdzić należy, że Zamawiający w świetle art. 26 ust. 3 PZP zobligowany był umożliwić wykonawcy uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w pełnym zakresie - nawet przez przedstawienie nowego wykazu doświadczenia, co też uczynił i co przesądziło o braku podstaw prawnych do odrzucenia oferty Hydrogeotechnika Sp. z o.o, oraz wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania.

Za oczywiście chybiony należy uznać także drugi z argumentów Odwołującego się wskazujący na konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu na rozszerzenie zakresu podwykonawstwa na etapie składania wyjaśnień. Stanowisko prezentowane w tej materii przez Zamawiającego potwierdza KIO m. in. w wyroku z dnia 25 czerwca 2012 r., sygn. : KIO 1202/12 oraz w wyroku z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1117/09.

Podniesiono następnie, że za oczywiście chybiony należy uznać także kolejny zarzut zawarty w odwołaniu, który sprowadza się do stwierdzenia, że Wykonawca na etapie uzupełniania dokumentów wprowadził nowego podwykonawcę, bowiem wezwanie do uzupełnienia dokumentów służy przedkładaniu dokumentów stwierdzających stan nie później niż na dzień składania ofert. W ocenie Zamawiającego Hydrogeotechnika Sp. z o.o. dokonała uzupełnienia dokumentu zawierającego omyłkę w treści, bowiem Wykonawca w swoim formularzu ofertowym oświadczył, iż zamierza korzystać z podwykonawców, a równocześnie w ogóle ich nie wskazał w załączniku nr 9 do oferty. Powyższe Zamawiający odebrał jako błąd w przedłożonym dokumencie, który Wykonawca konwalidował poprzez uzupełnienie dokumentów. Prawidłowość powyższej praktyki potwierdza KIO m. in. w wyroku

13

z dnia 8 marca 2016 r. (KIO 261/16) Zamawiający z konstrukcji oferty wnioskował, że to firma Hoster Sp. z o.o. może być ewentualnym podwykonawcą, udział którego zadeklarował Wykonawca w ofercie, a jedynie omyłkowo w załączniku nr 9 (zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - wiedzy i doświadczenia") wykreślił pkt. c, wskazujący na udział firmy Hoster Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Powyższe Zamawiającego znalazło potwierdzenie w czynnościach domniemanie konwalidacyjnych podjętych przez Hydrogeotechnikę Sp. Z o.o.

Zamawiający stwierdził, że bez wątpienia wykonawca działał w granicach prawa, kiedy uzupełnia w toku postępowania zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału.

Zamawiający podniósł następnie, że wnikliwie badał kwestię udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania. Wskazano, że Zamawiający dokonał w tym zakresie dwóch czynności: pismem z dnia 18 lipca 2016 roku wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oraz pismem z dnia 22 lipca 2016 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na okoliczność ewentualnego udziału pracowników wykonawcy w przygotowaniu postępowania przetargowego. Na wezwanie Zamawiającego - Wykonawca którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza tj. Hydrogeotechnika Sp. z o. o. przedstawił wykaz kadry technicznej, w którym nie widniał jako kierownik robót budowlanych specjalności instalacyjnej wspomniany w odwołaniu Pan A. G., a inny spełniający wymagania Zamawiającego członek kadry Wykonawcy. W odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego opisane w wezwaniu do złożenia wyjaśnień - wykonawca oświadczył, iż w przygotowaniu oferty nie brali udział pracownicy, którzy uczestniczyli w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Przedkładając inny wykaz kadry Wykonawca zapewnił udział w realizacji zamówienia pracowników nie uczestniczących w przygotowaniu postępowania przetargowego. W doktrynie od dawna panuje przekonanie, iż sam fakt przygotowania postępowania przez wykonawcę lub jego pracowników nie oznacza, iż każdy

„projektant” automatycznie zostanie wykluczony z postępowania. Może to nastąpić dopiero wówczas, gdy uczestnictwo takiego wykonawcy w przetargu będzie naruszało zasady uczciwej konkurencji. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji ma miejsce wówczas gdy w celu sporządzenia oferty Wykonawca posługuje się osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Zamawiający podniósł jednocześnie, że wyczerpał wszelkie możliwości ustawowe w zakresie zbadania powyższego faktu.

14

Zamawiający argumentował dalej, że zarzut zawarty w pkt III odwołania jest nie tylko chybiony ale i de facto oparty wyłącznie na domysłach Odwołującego się. Przede wszystkim Wykonawca złożył w załączniku nr 7 do oferty jednoznaczne oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, czyniąc tym samym zadość postanowieniom art. 26 ust.2d w zw. z art. 24 ust.2 pkt.5 PZP.

Sankcja wykluczenia wykonawców unormowana w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp polega na wykluczeniu wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli oni odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu. Zaistnieje ona wówczas, gdy dojdzie do sytuacji konkurowania powiązanych wykonawców o jedno i to samo zamówienie publiczne, które realizowane będzie w wyniku przeprowadzenia jednej procedury zamówieniowej - vide: wyrok KIO z 1 września 2014 roku, KIO 1674/14. Gdyby nawet hipotetycznie założyć, że Wykonawca tj. Hydrogeotechnika Sp.

z o. o. zataił fakt przynależności do grupy kapitałowej z Przedsiębiorstwem Geologicznym Sp. z o. o.), - na którą to okoliczność Zamawiający nie posiada żadnej wiedzy, ani też możliwości weryfikacji oświadczenia Wykonawcy - to mimo wszystko fakt, że Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. nie ubiegało się nigdy o zamówienie będące przedmiotem postępowania przesądza, iż nawet istnienia ewentualnej grupy kapitałowej, nie prowadziłyby do naruszenia jakiegokolwiek przepisu PZP, bowiem nie miałyby żadnego realnego wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający podkreślił również, że nie precyzował w jaki sposób Wykonawcy mają przedstawić doświadczenie kadry w zakresie jednej pracy, w której uczestniczył ekspert, wobec czego nadużyciem byłoby żądać na etapie weryfikacji oferty czegoś szerszego niż samo wskazanie zadania. Ponadto Zamawiający posiadając nazwę zadania, rok wykonania oraz miejscowość mógł swobodnie zweryfikować jego autentyczność za pomocą własnego badania oferty. Wykonawca oświadczył, iż członek jego kadry posiada doświadczenie w zakresie realizacji prac iniekcyjnych na obiekcie IKEA zdobytych we Wrocławiu w 2013 r. Wykaz kadry stanowi oświadczenie Wykonawcy pod odpowiedzialnością karną w które Zamawiający nie ma powodów nie wierzyć.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze

15

uczestnika. Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o miejscu i terminie rozprawy, nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były

zawarte w odwołaniu.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba opierała się na przepisach ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Izba w całości podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego, przyjmując ją za własną.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

16

Wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oświadczył w treści oferty, że przedmiot zamówienia zamierza wykonać: „*przy pomocy podwykonawców* „w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 16 10 01* oraz 17 01 06*”*”.

W załączniku nr 8 – Wykaz zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcom – wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o., w tabeli w kolumnie „Części zamówienia” podał: „*przetwarzanie odpadów o kodach 16 10 01* oraz 17 01 06*”*”.

W ramach warunków udziału w postępowaniu (Rozdział VII SIWZ), Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania co najmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. polegającego na uszczelnieniu gruntu metodą iniekcji otworowej mieszkanką uszczelniająco-wiążącą na bazie bentonitu o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto i ilości otworów minimum 2 500 szt.

Wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. w załączniku nr 2 – Doświadczenie zawodowe-wykaz robót – dla potwierdzenia ww. warunku podał zamówienie pn. „Uszczelnienie gruntu metodą iniekcji otworowej i mieszkanką uszczelniająco-wiążącą na bazie bentonitu o ilości otworów 7 840 szt”. Jednocześnie, wykonawca załączył referencje wystawione dla wykonawcy tego zadania firmy Hoster Sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie. Wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą zobowiązanie firmy Hoster Sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie do oddania do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. W treści zobowiązania wskazano, że w ramach korzystania przez wykonawcę z oddanych do dyspozycji zasobów udział podmiotu udostępniającego przy realizacji zamówienia będzie polegał na doradztwie i konsultacjach w sprawach technicznych, szkoleniu pracowników wykonawcy.

Pismem z dnia 18 lipca 2016 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów wskazując, że wykonawca przedstawił zadanie wykonane przez Hoster Sp. z o.o. jednocześnie nie wskazując go jako podwykonawcę. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „w świetle orzecznictwa KIO oraz doktryny zamówień nie można przekazać doświadczenia jeżeli przekazujący go podmiot nie będzie realnym wykonawcą na budowie”.

W odpowiedzi, pismem z dnia 20 lipca 2016 r., Przystępujący wyjaśnił, że w złożonej ofercie omyłkowo nie wskazał firmy Hoster Sp. z o.o., jako podwykonawcę, który będzie wykonywał roboty iniekcyjne, przedstawiając w załączeniu „*właściwe zobowiązanie firmy Hoster Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia; właściwy wykaz zakresu zamówienia powierzonego*”

17

podwykonawcom oraz wykaz podwykonawców, na zasoby których powołuje się wykonawca”.

W treści złożonego zobowiązania wskazano na udział firmy Hoster Sp. z o.o. w wykonywaniu zamówienia, jako podwykonawca. W treści złożonego wykazu zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcom wskazano – obok przetwarzania odpadów o kodach 16 10 01* i 17 01 06 – roboty iniekcyjne czyniąc w kolumnie „Uwagi” adnotację o treści: Hoster Sp. z o.o. Wejherowo. W wykazie podwykonawców, na zasoby których powołuje się Wykonawca podano spółkę Hoster Sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie.

W rozdziale XXI SIWZ – Informacje o podwykonawcach – Zamawiający zastrzegł, że:

„1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy z zastrzeżeniem kluczowej części zamówienia którą winien wykonać wykonawca. Kluczową częścią zamówienia w tym wypadku są: roboty budowlane kanalizacji deszczowej i drenażowej,

2. W przypadku zamiaru powierzenia zamówienia podwykonawcy Zamawiający żąda:

1) wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy,

2) podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp”.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty. Zmiana ta wyraża się w poszerzeniu zakresu podwykonawstwa, a więc modyfikacji uległo oświadczenie Przystępującego, co do tego, jakie części zamówienia, zamierza powierzyć podwykonawcy.

Bez znaczenia pozostaje fakt, że do zmiany tej doszło w trybie odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Istotne jest to, że zmiana ta miała miejsce, zaś przepis art. 87 ust. 1 Pzp jasno stanowi, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Nie można uznać, by obowiązywanie ustawowego zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty było warunkowane tym, w jakim trybie wykonawca udziela informacji Zamawiającemu.

Warto ponadto zauważyć, że przepis stanowi o zakazie dokonywania jakiegokolwiek zmiany – co samo w sobie może stanowić argument przeciwko uzależnianiu możliwości zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty od tego, czy zmiana dotyczyła elementów istotnych oferty – gdy tak, jak w sprawie niniejszej, kwestia rozszerzenia zakresu

podwykonawstwa nie mogła zostać uznana za materię podpadającą pod ust. 1a i ust. 2 art. 87 Pzp.

Izba nie uznała za wiarygodne wyjaśnień wykonawcy, iż omyłkowo nie wskazał firmy Hoster jako podwykonawcy w zakresie robot iniekcyjnych. Twierdzenia o omyłce nakazywałyby uznać, że od początku wykonawca deklarował taki zakres podwykonawstwa, a jedynie nie wskazał tego wprost w formularzu oferty. W tej sprawie należało natomiast uznać, że Przystępujący nie zamierzał od początku powierzyć robót iniekcyjnych podwykonawcy. Nastąpiło to w wyniku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – gdzie w ocenie Izby wykonawca podjął próbę dostosowania treści oferty do zastrzeżeń Zamawiającego związanych z tym, że Przystępujący w zakresie warunku referującego do robót iniekcyjnych korzystał z zobowiązania podmiotu trzeciego, lecz nie przewidział dla tego podmiotu podwykonawstwa. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że nie można przekazać doświadczenia, jeżeli podmiot udostępniający to doświadczenie nie będzie realnym wykonawcą na budowie. Z tego też względu, w ocenie Izby, Przystępujący, by nie narażać się na zarzut fikcyjności udzielenia zasobu, złożył nowe zobowiązanie oparte już na stosunku podwykonawstwa i siłą rzeczy dokonał także zmiany zakresu podwykonawstwa rozszerzając je o roboty iniekcyjne.

Izba nie uznała za przekonujące argumentów Zamawiającego, iż treść oferty nasuwała wniosek, że Wykonawca omyłkowo nie wskazał podwykonawcy. Z treści oferty, w jej pierwotnym kształcie, nie sposób wyczytać, ani wywieść, że oświadczeniem wykonawcy było objęcie powierzenie robót iniekcyjnych podmiotowi zewnętrznemu, jako podwykonawcy tych robót. Na rozprawie Zamawiający wskazał m.in., że „roboty iniekcyjne jako objęte podwykonawstwem nie wynikały z pierwotnej wersji oferty” (vide: protokół z rozprawy).

O tym, że robót tych Przystępujący nie zamierzał pierwotnie powierzyć podwykonawcy świadczy także treść wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wyjaśnienia te, w ocenie Izby, nakazują ocenę, że jedynym elementem, który miał być powierzony podmiotowi zewnętrznemu było przetwarzanie odpadów. Co istotne, wyjaśnienia te zostały złożone w dniu 4 lipca 2016 r., a więc jeszcze przed wezwaniem Zamawiającego, gdzie wykonawca nie mógł wiedzieć, że zostanie postawiony przed stwierdzeniem Zamawiającego, iż konieczny jest realny udział podmiotu trzeciego na budowie.

Powyższe pokazuje jak istotne znaczenie dla badania oferty może mieć kwestie zmiany zakresu podwykonawstwa – może to chociażby rzutować na ocenę wiarygodności i rzetelności wyjaśnień dotyczących elementów oferty badanych w kontekście rażąco niskiej ceny.

19

Niezależnie od powyższego, skoro obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, który to obowiązek Zamawiający powtórzył w treści SIWZ, to oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma istotny charakter. Zmiana w tym zakresie winna być więc oceniana, jako powodująca istotną zmianę oferty.

Za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy, z zastrzeżeniem dopuszczalności uzupełniania dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 26 ust. 3 Pzp. Dopuszczalność uzupełniania dokumentów lub oświadczeń nie oznacza jednak dopuszczalności zmiany treści oferty. Nie ulega wątpliwości składu orzekającego, że oświadczenie, co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również ma wpływ na proces badania oferty, chociażby w kontekście rażąco niskiej ceny – gdy dochodzi do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym, jak wywodził Zamawiający. Argumentacja Zamawiającego dotycząca możliwości wezwania i uzupełnienia dokumentów na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie było to bowiem istotą postawionych zarzutów. Istota ta odnosiła się bowiem nie do tego, że Przystępujący złożył nowe zobowiązanie, ani do tego, czy uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale do tego, że uzupełniając dokumenty na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednocześnie dokonał zmiany treści oferty, poszerzając zakres części zamówienia, jakie zamierzał przeznaczyć podwykonawcom. Niezrozumiała jest także zmienność Zamawiającego, gdzie na etapie oceny ofert Zamawiający prezentował stanowisko o konieczności udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, zaś w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie podjęto próbę wykazania, że już pierwsze zobowiązanie było prawidłowe. Niezależnie od tego, Izba podkreśla, że spór nie koncentrował się na tym, czy Przystępujący mógł uzupełnić dokumenty, oraz czy wykazał realność udostępnienia zasobów. Odwołujący w podstawie prawnej odwołania nie podał przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zaś treść uzasadnienia, w której przytaczano orzecznictwo dotyczące udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy odnosiła się do pierwotnie złożonego zobowiązania i w ocenie Izby miało to na celu wyłącznie wskazanie, że to pierwotne zobowiązanie „*miałoby charakter fikcyjny i nie spełniałoby wymogów wynikających z przepisów prawa*”. Okoliczności faktyczne powoływane przez Odwołującego,

20

w tym opisane czynności wezwania Zamawiającego i odpowiedzi Przystępującego, prowadziły Odwołującego do tezy o dokonaniu niedopuszczalnej zmiany treści oferty i to stanowiło istotę i przedmiot postawionego zarzutu.

Izba wskazuje również, że Zamawiający podał na rozprawie m.in., że „*Jest 6 zbiorników. Jeden zbiornik podlega „wywózce, likwidacji”, bo wiadomo co tam jest, natomiast jest 5 zbiorników gdzie nie wiadomo co tam w ogóle jest złożone i dlatego jest ta technika iniekcji. Jest to technika ważna. Proces jest powtarzalny, polega na tym, że robi się otwór i zalewa wewnątrz cementem z bentonitem. Jest to zaczyn zestalający ten odpady.*”

Robione jest to mechanicznie" (vide: protokół z rozprawy). Stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie nakazywało przyjęcie wniosku, że roboty iniekcyjne nie są jakimiś robotami pobocznymi, przeciwnie stanowią bardzo istotny element prac składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia. Tym bardziej nie sposób uznać, by wykonawca mógł dowolnie w trakcie badania oferty zmieniać i modyfikować swoje oświadczenia dotyczące tego, jak zamierza wykonać te roboty.

Reasumując, w ocenie Izby miała miejsce niedozwolona zmiana treści oferty. Naruszało to przepis art. 87 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji oferta Przystępującego winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Na uwzględnienie zasługiwał również zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców nie utrudni uczciwej konkurencji, przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą Wykaz kadry technicznej, gdzie podał osobę Pana A. G., wskazując jako formę dysponowania – umowę o pracę oraz proponowaną rolę w realizacji zamówienia – Kierownik robót budowlanych w specjalności instalacyjnej.

Pan A. G. uczestniczył bezpośrednio w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Jest to okoliczność bezsporna i przyznana przez

21

Zamawiającego. Zamawiający dał temu wyraz chociażby w treści wezwania z dnia 18 lipca 2016 r., gdzie wskazał, iż: „Wykonawca przedstawił w wykazie kadry pana A. G., który brał udział w przygotowaniu postępowania poprzez sporządzenie specyfikacji technicznej”.

W odpowiedzi, pismem z dnia 20 lipca 2016 r., wykonawca Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wyjaśnił, że „w załączonym do oferty WYKAZIE KADRY TECHNICZNEJ omyłkowo wpisaliśmy niewłaściwą osobę, czyli pana A. G.. Osoba o ww. nazwisku nie jest wyznaczona przez spółkę Hydrogeotechnika do wykonywania żadnych prac na planu budowy, jak również nie brała udziału w sporządzeniu i złożeniu oferty wykonawcy. Właściwą osobą przeznaczoną przez spółkę Hydrogeotechnika do realizacji prac na placu budowy, jako kierownik robót budowlanych w specjalności instalacyjnej, zatrudnioną w spółce na podstawie umowy o pracę, jest pan D. W.”.

W dniu 3 lutego 2014 r. Prezydent Miasta Stalowej Woli dokonał obwieszczenia o wydaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia pn.: „Rekultywacja stawów osadowych 1-6 na terenie Huty Stalowa Wola S.A. oraz składowiska odpadów innych niż niebezpieczne. W uzasadnieniu decyzji odwołano się m.in. do opracowania pn. „Ekspertyza hydrogeologiczna obejmująca analizę wpływu przyjętego sposobu rekultywacji stawów osadowych w Stalowej Woli na środowisko gruntowo-wodne”. Ekspertyza została opracowana na zlecenie Gminy Stalowa Wola przez Hydrotechnikę Sp. z o.o. (luty 2013 r.). W toku postępowania poprzedzającego wydanie decyzji została opracowana także m.in. „Dokumentacja geotechniczna pod projektowane rowy opaskowe w rejonie rekultywowanych stawów osadowych 1-6 i składowiska odpadów innych niż niebezpieczne na terenie Huty Stalowa Wola z kwietnia 2012 r., wykonana przez Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oraz „Raport o oddziaływaniu na środowisko stawów osadowych nr I-VI na terenie Huty Stalowa Wola oraz składowiska odpadów innych niż niebezpieczne” z czerwca 2012 r. wykonany przez Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp obejmuje swoją dyspozycją dwa stany faktyczne.

Pierwszy – wykonywanie przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Drugi – posłużenie się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie pozwalały na uznanie, że wykonawca Hydrogeotechnika wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem

22

postępowania. Przystępujący wykonał wskazaną powyżej Ekspertyzę hydrogeologiczną oraz Dokumentację geotechniczną pod projektowane rowy opaskowe, niemniej jednak Izba uznała za przekonujące argumenty Zamawiającego, że była to czynność nie mająca bezpośredniego wpływu na przygotowanie postępowania, była jedynie elementem tworzącym dokumentację służącą wydaniu decyzji środowiskowej. Oczywistym jest, że przygotowanie inwestycji wymaga niejednokrotnie wcześniejszego uzyskania stosownych pozwoleń, decyzji, opinii, etc. Obowiązki tego rodzaju statuowane są także przepisami prawa. Nie sposób uznać, by uczestnictwo w tym procesie, polegające jak w tej sprawie na przygotowaniu ekspertyz, można niejako automatycznie zrównywać z wykonywaniem w sposób bezpośredni czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący, w ocenie Izby, bynajmniej nie udowodnił, ani nie wykazał w sposób rzeczowy, że wykonanie powyższych ekspertyz podpada pod przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Patrząc również na daty przedmiotowych opracowań (luty 2013 r., kwiecień 2012 r.) trudno – z samego faktu ich wykonania – wyciągać tak daleko idące wnioski, jak czynił to Odwołujący. Ponadto, przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi również o utrudnieniu uczciwej konkurencji. Odwołujący w sposób ogólnikowy argumentował o przewadze, jaką miał dawać Przystępującemu fakt sporządzenia ww. dokumentów. Nie wykazano w sposób rzeczowy, że inny podmiot, niż autor tych opracowań, nie posiadał możliwości poznania wszystkich informacji czy wyników badań, jakie zostały wykonane dla potrzeb sporządzenia przedmiotowych ekspertyz. Odwołujący nie podważył także argumentu Zamawiającego, iż wszelką posiadaną dokumentację udostępniał wykonawcom, w tym stworzył możliwość przeprowadzania wizji lokalnej. Czynności wykonane przez spółkę Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o., niezależnie od oceny, czy mogły one zostać zakwalifikowane, jako związane z przygotowaniem postępowania, nie mogły stanowić istotnej dla sprawy okoliczności, gdyż podmiot ten nie jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Pomimo powyższej oceny Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy zaistniała bowiem druga z przesłanek objętych dyspozycją tego przepisu.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że pan A. G. wykonywał czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem postępowania. Były to czynności kluczowe związane z przygotowaniem projektu budowlanego oraz kosztorysu inwestorskiego. Nie ma przy tym znaczenia z ramienia, jakiego podmiotu czynności te zostały wykonane, gdyż istotny jest sam fakt uczestniczenia w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi o posłużeniu się w celu sporządzenia

23

oferty „osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności”. Istotny jest więc fakt uczestnictwa danej osoby i dla uznania zaistnienia tego uczestnictwa bez znaczenia pozostaje to, czy osoba ta uczestniczyła w tych czynnościach samodzielnie, czy jako pracownik spółki wykonującej zlecenie. To, że formalnie określona dokumentacja została wykonana przez spółkę, zatrudniającą osobę, która dokonała merytorycznego opracowania dokumentacji, nie zmienia faktu uczestniczenia tej osoby w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

Izba nie uznała, by oświadczenie Przystępującego, że omyłkowo wskazał tą osobę w wykazie osób, było wiarygodne bądź mogło mieć przesądzające znaczenie dla oceny zdarzeń zaistniałych w tym postępowaniu. Można teoretycznie postawić pytanie, co innego miałyby oświadczyć wykonawca, któremu Zamawiający wytknął, że wskazał w wykazie osobę, która bezpośrednio uczestniczyła w przygotowaniu postępowania. Istotne są w ocenie Izby nie twierdzenia Przystępującego o omyłce, ale ważne są weryfikowalne fakty takie jak to, że Przystępujący podał tą osobą w wykazie osób, posłużył się więc tą osobą przy sporządzaniu oferty, osoba ta posiadała istotną i rozległą wiedzę na temat tego postępowania, co przy

fakcie współpracy z Przystępującym mogło utrudniać uczciwą konkurencję. W ramach wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Zamawiającemu, Przystępujący nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów, które pozwalałyby uznać, że jego udział nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji. Przystępujący podjął obronę jedynie poprzez próbę dowodzenia zaistnienia omyłki.

Krytycznie należy ocenić sposób procedowania Zamawiającego na etapie badania oferty Przystępującego, związany z wezwaniem Przystępującego do przedstawienia nowego wykazu z uwagi na przedstawienie w wykazie osoby biorącej udział w przygotowaniu postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający nie uczynił podstawą i powodem wezwania tego, iż osoba podana w wykazie nie odpowiada wymogom określonym w treści SIWZ, a więc, że złożony wykaz kadry nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tym zaś kwestiom winno służyć wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i umożliwienie wykonawcy

24

uzupełnienia dokumentów. Nie sposób uznać, że złożony wykaz – tylko z uwagi na podanie w jego treści osoby Pana A. G. – był dokumentem zawierającym błąd w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający stwierdzając fakt podania w treści wykazu osoby uczestniczącej w przygotowaniu postępowania winien umożliwić wykonawcy jedynie przedstawienie wyjaśnień na okoliczność tego, czy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Posłużenie się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania nie jest bowiem objęte bezwzględnym zakazem (przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp uzależnia wykluczenie wykonawcy od utrudnienia uczciwej konkurencji – a więc wykonawca, nawet posługujący się taką osobą ma możliwość wykazania, że jego udział w postępowaniu nie narusza uczciwej konkurencji), a więc nie jest samo w sobie okolicznością pozwalającą na uznanie, że złożony wykaz zawiera błędy – a tym samym nie daje to podstaw do stosowania art. 26 ust. 3 Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający natomiast, działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wskazał wykonawcy, że może przedstawić nowy wykaz lub złożyć wyjaśnienia jeżeli uważa, że nie ma związku pomiędzy dokonywaniem czynności związanych z przygotowaniem postępowania o ofertą wykonawcy oraz wykonywaniem pracy na placu budowy.

Gdy dochodzi do posłużenia się przez wykonawcę, w celu sporządzenia ofertą, osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania nie można tej okoliczności nie dostrzegać, bądź traktować jako nie będącą z uwagi na to, że wykonawca przedstawia nowy wykaz, w którym osoby tej już nie podaje. W innym razie przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp pozostawałby iluzoryczny i łatwy do obejścia. Kluczowym jest stwierdzenie, czy wykonawca posłużył się taką osobą przy sporządzeniu oferty, a jeżeli tak – pozostaje tylko ścieżka umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień na okoliczność braku utrudnienia konkurencji. Za dalece niewystarczające należy także uznać poprzestanie na otrzymaniu od wykonawcy informacji o omyłkowym podaniu takiej osoby w wykazie osób, zwłaszcza, gdy całokształt okoliczności, w tym zasady doświadczenia życiowego nakazują w tej materii szczególną ostrożność. Podobnie, jak w kwestii uczestnictwa takiej osoby w realizacji zamówienia. Zamawiający sam wskazywał na rozprawie m.in., że „praktyką jest, że na etapie realizacji może dochodzić do zmiany kierownika budowy” (vide: protokół z rozprawy).

W ocenie Izby okoliczności niniejszej sprawy nakazywały uznać, że Przystępujący posłużył się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania. Należy zastrzec, że pojęcia „posługiwania się w celu sporządzenia oferty” nie

25

można zawęzić jedynie do fizycznego sporządzania oferty. Określenie "w celu sporządzenia

oferty" ma bowiem znacznie szerszy zakres znaczeniowy i obejmuje wszelkie czynności, które zmierzają do złożenia oferty w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego wykorzystanie w tej sprawie – poprzez podanie w wykazie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, osoby, która dokonywała bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania – należało więc zakwalifikować, jako zdarzenie wypełniające dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Izba uznała ponadto, że w niniejszej sprawie zaistniała kolejna podstawa do wykluczenia Przystępującego, dotycząca złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący nie powołał w podstawie prawnej zarzutów art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Niemniej jednak zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych podanych w uzasadnieniu odwołania, okoliczności zaś wskazywane przez Odwołującego pozwalały na uznanie, że przedmiotem odwołania Odwołujący uczynił również zarzut podania nieprawdziwych informacji z uwagi na złożenie przez Przystępującego oświadczenia, iż nie należy do grupy kapitałowej.

W ocenie Izby powiązania rodzinne i kapitałowe między spółkami wskazanymi przez Odwołującego świadczą o tym, że spółki te należy kwalifikować, jako należące do jednej grupy kapitałowej. Odwołujący złożył na tą okoliczność wiarygodne dowody, które w sposób jednoznaczny wykazywały nie tylko na istnienie powyższych powiązań, ale również na możliwość bezpośredniej lub pośredniej kontroli jednej spółki przez drugą.

Za rzeczowe, przekonujące i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego Izba uznała również argumenty Odwołującego o istnieniu tego rodzaju kontroli.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Przez kontrolę, stosownie do art. 4 pkt 4 ww. ustawy rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych,

26

umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

W ocenie Izby należało zgodzić się z Odwołującym, że układ osobowy spółek, relacje rodzinne wspólników, wielkości udziałów, forma ich nabycia, tworzą obraz świadczący o posiadaniu uprawnień umożliwiających wywieranie decydującego wpływu przez jedną spółkę na działalność spółki drugiej. Przystępujący ma świadomość swojej sytuacji podmiotowej, a więc również tego, że wspólnicy spółki Przystępującego są tymi samymi wspólnikami w innej spółce odgrywającej istotną rolę w tym postępowaniu.

W ocenie Izby należało w konsekwencji uznać argumenty Odwołującego, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co do przynależności do grupy kapitałowej, a więc podał w tym zakresie informacje nie odpowiadające rzeczywistości, a tym samym informacje nieprawdziwe.

Oceny Izby, co do konieczności wykluczenia Przystępującego także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie zmienia fakt, że spółka Przedsiębiorstwo Geologiczne nie składała oferty w tym postępowaniu. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi o informacjach nieprawdziwych kwalifikowanych – a więc takich, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W normalnym układzie zdarzeń, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje co do przynależności do grupy kapitałowej, gdy podmioty z tej grupy nie uczestniczą w postępowaniu o zamówienie publiczne, wskazuje się w orzecznictwie, że brak jest podstaw do uznawania możliwości zaistnienia wpływu na wynik postępowania. Niemniej jednak w tej sprawie sytuacja jest szczególna – gdyż podmiot należący, w ocenie Izby, do grupy kapitałowej razem z Przystępującym, będzie pełnił w tym przetargu nadzór autorski. Przy takim układzie powiązań mogłoby to narażać Zamawiającego na szkodę, czynić nadzór autorski iluzorycznym – co w ocenie badania ofert, gdyby Zamawiający dokonał wnikliwej

oceny tego stanu rzeczy, mogłoby dawać podstawę chociażby do odrzucenia oferty jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że podanie nieprawdziwych informacji co do grupy kapitałowej mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała za nietrafny, wadliwie postawiony i nie udowodniony. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie wykazał ani nie udowodnił, jaka merytoryczna część oferty pozostaje sprzeczna z konkretną treścią SIWZ. Uzasadnienie odwołania nakazywało uznanie, że niezgodności oferty z treścią SIWZ Odwołujący upatrywał w sposobie przedstawienia pracy, w której uczestniczył ekspert.

27

Rozdział VII pkt 3 SIWZ dotyczy warunków udziału w postępowaniu. Uwagi czynione przez Odwołującego dotyczyły więc spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie zgodności oferty z treścią SIWZ. Izba uznała przy tym za zasadny i przekonujący argument Zamawiającego, iż nie określał w sposób szczegółowy sposobu przedstawienia pracy, w której uczestniczył ekspert. Odwołujący, kwestionując w istocie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej dysponowania ekspertem, pominął jednocześnie to, że wykonawca nie był wzywany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów. Powyższa krytyczna ocena jednego z zarzutów odwołania nie zmieniała jednak kierunku rozstrzygnięcia.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Z przyczyn formalnych Izba nie mogła zasądzić na rzecz Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia Izba zasądza koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie złożył rachunku do akt sprawy, który określałby wysokość poniesionych kosztów. Nie jest w tej materii wystarczające złożenie wniosku o zasądzenie kosztów według norm przepisanych. Przepis § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia ustanawia górną granicę kosztów, jakie Izba może zasądzić tytułem zwrotu kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocników. Nie oznacza to jednak, że podana w rozporządzeniu kwota 3.600 zł może być niejako automatycznie zasądzana tytułem zwrotu kosztów, gdyż poziom tych kosztów, zgodnie z brzmieniem przepisu, musi wynikać z rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

28