

WYROK
z dnia 10 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadziś**

Członkowie: **Robert Skrzyszewski**

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 lutego 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2017 roku przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.M. z siedzibą w Starym Mystkówcu 55

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie w imieniu którego występuje Zarząd Zieleni Miasta m. st. Warszawy

przy udziale wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 171/17 po stronie Zamawiającego,

1

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w przedmiocie rażąco niskiej ceny w części tego zarzutu dotyczącego uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

2. W pozostałym zakresie - oddala odwołanie wykonawcy D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.M. z siedzibą w Starym Mystkówcu 55.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.M. z siedzibą w Starym Mystkówcu 55 i:

- 3.3 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.M. z siedzibą w Starym Mystkówcu 55 tytułem wpisu od odwołania.

2

publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2177/16

3

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie w imieniu którego występuje Zarząd Zieleni Miasta m. st. Warszawy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „*Prace polegające na utrzymaniu porządku i czystości na terenie międzywala rzeki Wisły, będącego we władaniu m.st. Warszawy, wykonywane przez pracowników zatrudnionych w ramach tzw. >>Służby Brzegowej<<*”

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2016 roku pod numerem 2016/S 147-266740.

26 stycznia 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia protokołu postępowania w części dotyczącej wyjaśnień wykonawcy AG Complex co do rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez 3 (trzykrotne) uzupełnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia tego wykonawcy;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy, względnie art. 26 ust. 3 ustawy - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, ani przez podmiot na którego potencjalnie wykonawca polega, względnie - zaniechanie wezwania Wykonawcy AG Complex do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez próbę uzupełnienia poświadczającego nieprawdę, antydatowanego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - w styczniu 2017 r.;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo niewykazania przez niego braku podstaw wykluczenia

4

(zaakceptowanie przez Zamawiającego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w punkcie dotyczącym zaległości publicznoprawnych) oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących podstaw wykluczenia;

- 6) art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego - ZMT Invest;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG Complex pomimo, że wykonawca do oferty nie załączył kosztorysu i bezprawne uzupełnienie tego kosztorysu na podstawie art. 26 ust. 1

ustawy;
ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy AG Complex; uchylenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy AG Complex; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; odrzucenie oferty wykonawcy AG Complex; dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem Zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy AG Complex pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W trakcie postępowania wykonawca AG Complex 3-krotnie uzupełniał Jednolity Europejski Dokument Zamówienia.

W styczniu 2017 r. na wezwanie Zamawiającego Wykonawca AG Complex przedstawił Jednolity Dokument antydatowany i poświadczający nieprawdę. Pomimo tego Zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania i nie odrzucił jego oferty. Jednocześnie Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy AG Complex. Odwołujący wskazał, że rzetelna ocena oferty i dokumentów przedstawianych przez wykonawcę AG Complex w trakcie postępowania dokonana przez Zamawiającego skutkowałaby wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem oferty tego wykonawcy. W takiej sytuacji oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, ponieważ - odmiennie niż w przypadku pozostałych wykonawców - Odwołujący nie został wykluczony przez Zamawiającego z postępowania, a jego oferta nie została odrzucona.

Odwołujący następująco uzasadniał

5

Odwołujący wskazał, że w dniu 8 września 2016 r. oferty w postępowaniu złożyło trzech wykonawców - AG Complex Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa (dalej jako „AG Complex”), D.M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka (dalej jako „Odwołujący”) oraz Polsuper Sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa (dalej jako „Polsuper”). Wykonawca AG Complex wskazał w ofercie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na potencjale podmiotu trzeciego - ZMT Invest Sp. z o.o., ul. Powstań Chłopskich 4, 81-463 Gdynia (dalej jako „ZMT Invest”).

W dniu 23 września 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał wykonawcę AG Complex do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń zawartych w JEDZ. Zamawiający wskazał, że w części III, sekcja D - AG Complex oświadczył, że mają wobec niego zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym. Ponadto Zamawiający wskazał, że podmiot, na którego potencjałe polega wykonawca AG Complex - ZMT Invest - złożył w JEDZ identyczne oświadczenie. Dalej Zamawiający wskazał, że wykonawca AG Complex w części III, sekcja B oświadczył, że nie wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że wpłynęło pismo dotyczące wykonawcy, w którym wskazano, że AG Complex zalega opłatami z tytułu użytkowania wieczystego oraz podatkami od nieruchomości. W związku z powyższym Zamawiający żądał wyjaśnień co do tego, jakich podstaw o charakterze wyłącznie krajowym dotyczyły złożone przez AG Complex i ZMT Invest oświadczenia. Ponadto Zamawiający żądał wyjaśnień w zakresie tego czy wykonawca składając JEDZ wprowadził go w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Dnia 29 września 2016 r. wykonawca AG Complex złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na zaznaczeniu nieprawidłowej odpowiedzi w formularzu JEDZ. Dalej wykonawca wskazał, że nie zachodzi wobec niego, ani wobec ZMT Invest jakiegokolwiek z przesłanek wykluczenia. W związku z tym wskazał, że w części III Podstawy wykluczenia sekcja D - Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidywane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego - w pozycji - czy mają zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym ? - prawidłowa odpowiedź to: NIE. Jednocześnie wykonawca

AG Complex oświadczył, że nie zalega z opłatami lokalnymi z tytułu użytkowania wieczystego oraz podatku od wszystkich swoich nieruchomości, które następnie wymienił. Odwołujący wskazała, że w dniu 29 września 2016 r. Wykonawca samodzielnie uzupełnił Jednolity Europejski Dokument Zamówienia - zarówno swój - dotyczący AG Complex, jak i

6

ten dotyczący ZMT Invest. Do wyjaśnień wykonawca AG Complex załączył oświadczenie w postaci JEDZ z poprawioną częścią III sekcja B i D (datowany na dzień 8 września 2016 r.) - dla AG Complex, oświadczenie w postaci JEDZ z poprawioną częścią III sekcja B i D (datowany na dzień 8 września 2016 r.) - dla ZMT Invest oraz dowody dotyczące niezalegania z opłatami i podatkami.

W dniu 3 października 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę AG Complex na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia wyjaśnień co do tego czy wykonawca oraz ZMT Invest spełniają warunki udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w oświadczeniu złożonym w ramach wyjaśnień z dnia 29 września 2016 r. wykonawca AG Complex w części IV, sekcja α nie zaznaczył żadnej odpowiedzi.

Wykonawca AG Complex dnia 3 października 2016 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że spełnia kryteria kwalifikacji oraz popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na niezaznaczeniu prawidłowej odpowiedzi. Dalej wykonawca wskazał, że nie zachodzi wobec niego żadna przesłanka wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz, że w złożonym JEDZ w części IV, sekcja α prawidłowa odpowiedź to: TAK.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że dnia 3 października 2016 r. wykonawca AG Complex - po raz drugi uzupełnił Jednolity Europejski Dokument Zamówienia. Do wyjaśnień wykonawca AG Complex załączył oświadczenie JEDZ z poprawioną częścią IV, sekcja α (datowany na dzień 8 września 2016 r.).

Dnia 5 października 2016 r. Zamawiający skierował do AG Complex pismo, w którym wskazał, że jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 90 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Jednocześnie Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy określonych w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. W wezwaniu zostało wskazano, że wykonawca powinien złożyć:

- pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia;
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 - ust. 1 pkt 13 lit. a i b oraz ust. 14 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

7

- aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- dowody dotyczące usług wymienionych w wykazie części IV JEDZ w pkt Ib, - określające czy usługi te zostały wykonane w sposób należyty i prawidłowo ukończone;
- oświadczenie dotyczące liczby osób, które będą zatrudnione na umowę o pracę na - pełny etat, przewidywane do realizacji zamówienia;
- kosztorys ofertowy sporządzony w formie elektronicznej oraz kosztorys ofertowy - w formie pisemnej sporządzony jako wydruk kosztorysu ofertowego sporządzonego w formie elektronicznej.

W dniu 17 października 2016 r. wykonawca AG Complex złożył pisemne zobowiązanie ZMT Invest, informację z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, dowody dotyczące

usług wymienionych w wykazie zawartym w części IV JEDZ, pkt Ib, oświadczenie dotyczące liczby osób, które będą zatrudnione na umowę o pracę na pełen etat, przewidywane do realizacji zamówienia oraz kosztorys ofertowy sporządzony w formie elektronicznej oraz w formie pisemnej.

Jednocześnie wykonawca AG Complex złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te wraz z uzasadnieniem zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający odmówił ich ujawnienia.

Dnia 5 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę AG Complex na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do poprawienia JEDZ. Zamawiający wskazał, że w załączonym do oferty JEDZ wykonawca w części IV, sekcja C wypełnił rubrykę nr 6, która odnosi się do wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub jego kadry kierowniczej. Tymczasem Zamawiający wymagał w SIWZ (13.4.2.), aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co oznacza, że powinien on być wypełnić rubrykę nr 2 części IV, sekcji C JEDZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że wykonawca AG Complex w JEDZ część IV, sekcja C w rubryce 9 ograniczył się do powtórzenia zapisów pkt 13.4.3 SIWZ, bez wskazania jakimi konkretnie będzie dysponował maszynami, co nie pozwala Zamawiającemu na weryfikację spełniania tego warunku przez Wykonawcę. W dniu 11 stycznia 2017 r. wykonawca AG Complex – jak wskazał Odwołujący – po raz trzeci dokonał uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Złożony JEDZ datowany był na dzień 8 września 2016 r. - tj. antydatowany. Wpisana w nim okoliczność oznaczała, że wykonawca poświadczył nieprawdę jakoby podpisał ten Jednolity

8

Europejski Dokument Zamówienia 8 września 2016 r., a tymczasem - podpisał go w okresie pomiędzy 5 stycznia 2017 a 11 stycznia 2017 r.

W dniu 16 stycznia 2017 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty AG Complex, jako najkorzystniejszej. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy PolSuper na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy.

W zakresie zarzutów Odwołujący wskazał:

- 1) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień wykonawcy AG Complex w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty.

W ocenie Odwołującego podkreślenia wymaga, że nie wszystkie elementy z wyjaśnień złożonych przez AG Complex w tym postępowaniu zasługują na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał na uzasadnienie utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - jest to element jawny, nie spełnia wymagań dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Następnie Odwołujący wskazał, że ewentualne oferty dostawców i podwykonawców jakie zostały załączone do wyjaśnień - nie mają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w całości. Co najwyżej - elementy cen lub specjalnych rabatów i upustów - mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2015r. sygn. akt: KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15 wskazując, że w tym przypadku – analogicznie jak w powołanym orzeczeniu - Wykonawca zastrzegł całość wyjaśnień, bardzo obszernych, a tymczasem - jedynie bardzo niewielką ich część - mogłaby spełniać wymagania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

- 2) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez 3-krotne uzupełnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że w ramach tego postępowania wykonawca AG Complex 3-krotnie uzupełniał Jednolity Europejski Dokument Zamówienia:

dnia 29 września 2016 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 września 2016 r. - w - zakresie części III, sekcja B i D, gdzie Wykonawca oświadczył, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym oraz, że nie wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne,

dnia 3 października 2016 r. na wezwanie z dnia 3 października 2016 r. - w zakresie - części IV, sekcja α, gdzie Wykonawca zaniechał złożyć ogólnego oświadczenia o spełnieniu wszystkich kryteriów kwalifikacji,

dnia 11 stycznia 2017 r. na wezwanie z dnia 5 stycznia 2017 r. - w zakresie części IV, - sekcja C, rubryka nr 2 i nr 9, gdzie Wykonawca wypełnił błędnie rubrykę nr 6 zamiast rubryki nr 2 oraz wypełnił rubrykę nr 9 przez powtórzenie postanowień SIWZ.

W kontekście stosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy należy wskazać na zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów. Norma wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady, że wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wraz z ofertą. Jako wyjątek od zasady regulacja art. 26 ust. 3 ustawy powinna być interpretowana ściśle. Dlatego też wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy, w tym JEDZ, powinno mieć charakter jednokrotny. Ponadto przemawia za tym konieczność poszanowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - wielokrotne uzupełnianie tego samego dokumentu może prowadzić do nieuprawnionych konsultacji między Zamawiającym, a wykonawcą.

W zakresie zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazał Odwołujący: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2015 r.. sygn. akt KIO 277/15, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2014 r.. sygn. akt KIO 1290/14. KIO 1295/14, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.1.2009 r.. sygn. akt KIO/UZP 27/09.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający - 3-krotnie wzywając wykonawcę AG Complex do uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. JEDZ - naruszył wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu. Zatem dla oceny czy Wykonawca AG Complex spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy podlega wykluczenia brana pod uwagę może być wyłącznie treść JEDZ przedstawionego przez ten podmiot w dniu 29 września 2016 r. (na pierwsze wezwanie do uzupełnienia z dnia 23 września 2016 r.) Biorąc pod uwagę treść JEDZ złożonego przez AG Complex w tym dniu Odwołujący wskazał, że:

brak jest ogólnego oświadczenia Wykonawcy dotyczącego wszystkich kryteriów - kwalifikacji - część IV JEDZ, sekcja α,

Wykonawca zaniechał wypełnienia rubryki dotyczącej dysponowania odpowiednimi - pracownikami technicznymi (1 osoba o uprawnieniach pilarza I stopnia) - część IV JEDZ, sekcja C, rubryka nr 2;

Wykonawca wypełnił rubrykę dotyczącą dysponowania narzędziami, wyposażeniem - zakładami i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia ogólnie poprzez powtórzenie zapisów SIWZ, zamiast wskazania konkretnych urządzeń,

10

jakimi dysponował będzie Wykonawca, co powoduje niemożność dokonania oceny spełnienia warunku przez Zamawiającego - część IV JEDZ, sekcja C, rubryka nr 9. Wykonawca AG Complex nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający powinien wykluczyć Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, wedle którego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

- 3) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy względnie art. 26 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, ani przez podmiot na którego potencjałe wykonawca poleca, względnie - zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów. Jednocześnie z art. 22a ust. 3 ustawy wynika, że zamawiający ma obowiązek ocenić, czy

udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy.

Z zestawienia norm wynikających z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału powinien przedstawić JEDZ dotyczący tego podmiotu z wypełnioną częścią IV „Kryteria kwalifikacji”, w takim zakresie, w jakim powołuje się na jego zasoby. Twierdzenie to znajduje potwierdzenie w oficjalnym stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych zawartym w „Instrukcji wypełniania JEDZ/ESPD”, która opublikowana została na stronie internetowej UZP. W instrukcji w fragmencie, który odnosi się do części II JEDZ, sekcja C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” wskazano: „Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w myśl art. 25a ust. 3 ustawy Pzp ma obowiązek przedstawić - dla każdego z podmiotów, których to dotyczy - odrębny formularz jednolitego dokumentu zawierający informacje wymagane w części II sekcje A (informacje na temat wykonawcy) i B (informacje na temat przedstawicieli wykonawcy), w części III (podstawy wykluczenia) oraz w - zakresie w jakim korzysta z zasobów podmiotu trzeciego - w części IV (kryteria kwalifikacji) i części V (kryteria selekcji). Takie formularze powinny być

11

wypełnione i podpisane przez te podmioty.”

Odwolujący wskazał, że wykonawca AG Complex oświadczył w JEDZ w części II, sekcja C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów”, że będzie polegał na potencjale podmiotu trzeciego - ZMT Invest. Jednocześnie ze złożonego przez wykonawcę AG Complex w dniu 17 października 2016 r. „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” wynika, że ZMT Invest udostępnia potencjał techniczny przez użyczenie sprzętu. Wykonawca AG Complex polega na potencjale podmiotu trzeciego (ZMT Invest) w celu wykazania, że spełnia warunek udziału dotyczący zdolności technicznej (dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia). Zatem wykonawca AG Complex - w celu potwierdzenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu - w zakresie, w jakim polega na potencjale ZMT Invest - powinien był złożyć JEDZ dotyczący tego podmiotu w odpowiednim zakresie w części IV, sekcja D „Zdolność techniczna i zawodowa”.

Zgodnie z 13.4.3 SIWZ w celu spełnienia wspomnianego warunku udziału wykonawca musiał wykazać, że dysponuje:

- sprzętem do mechanicznego czyszczenia plaż, tj. przesiewarką mechaniczną o – parametrach: głębokość czyszczenia: minimum 15 cm, sita taśmy odsiewającej 3 rodzaje o szerokości oczka: między 10 mm a 20 mm oraz 25 mm, 30 mm. Przykładowa maszyna spełniająca wymogi Zamawiającego: Matador, Supra max lub równoważna. Maszyna może być samojezdna,
- maszyną przeznaczoną do czyszczenia piasku na terenie placów zabaw: taśma/sito – odsiewająca zabrudzenia o oku pomiędzy o wymiarach szer/dł: max 20 mm lub mniejszych, wymienne taśmy przesiewające, głębokość pracy od 0 do minimum 10 cm; pojemnik do zbierania odsianych odpadów jako część maszyny; przykładowa maszyna Beach Tech Sweep. Użycie maszyny ma gwarantować oczyszczenie piasku z niedopałków papierosów, szkła i innych zabrudzeń,
- wysokociśnieniowym urządzeniem czyszczącym z podgrzewaniem wody o – parametrach nie gorszych niż: ciśnienie robocze w zakresie 30-200 barów, temperatura podawanej wody 50-155 ° C.

W celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia, wykonawca AG Complex wypełnił w swoim JEDZ część IV, sekcja C „Zdolność techniczna i zawodowa”, rubrykę nr 9 (dotyczy to JEDZ-ów złożonych przez Wykonawcę dnia 8 września 2016 r., 29 września 2016 r., 3 października 2016 r. oraz 11 listopada 2017 r.). Tymczasem w JEDZ dotyczącym ZMT Invest część IV, sekcja C „Zdolność techniczna i zawodowa”, rubryka nr 9 nie została wypełniona (dotyczy to JEDZ-ów złożonych w dniu 8 września 2016

12

r. oraz 29 września 2016 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz normę prawną wynikającą z art. 25 ust. 3 ustawy, Odwołujący uznał, że wykonawca AG Complex nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że w przypadku nienależytego wypełnienia JEDZ dotyczącego podmiotu trzeciego, nie można wywodzić okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu z innych oświadczeń lub dokumentów, w szczególności z JEDZ samego wykonawcy. Odwołujący wskazał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2417/16.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że należy przyjąć, że Zamawiający, w pierwszej kolejności naruszył art. 22a ust. 3 ustawy, bowiem - wbrew ustawowemu obowiązkowi - nie ocenił czy udostępniane wykonawcy AG Complex przez ZMT Invest zdolności techniczne pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Gdyby Zamawiający dokonał należytej oceny w tym zakresie - wezwałby wykonawcę AG Complex do uzupełniania JEDZ dotyczącego ZMT Invest w zakresie części IV, sekcja C „Zdolność techniczna i zawodowa”, rubryka nr 9.

Ponadto Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem zaniechał wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia. O spełnieniu warunku można by mówić jedynie, gdyby wykonawca AG Complex przedstawił JEDZ dotyczący ZMT Invest wypełniony w zakresie części IV, sekcja C, rubryka nr 9.

Należy podkreślić, że Wykonawca AG Complex już raz uzupełniał JEDZ podmiotu trzeciego, uwzględniając to - powtórne uzupełnienie nie powinno mieć miejsca. Z ostrożności procesowej - wskazać należy, że w przypadku nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia - proszę o uwzględnienie zarzutu dotyczącego zaniechania do wezwania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu ZMT Inwest.

- 4) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo złożenia nieprawdziwego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - złożonego w dniu 11 stycznia 2017r. a ponadto z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez uzupełnienie poświadczającego nieprawdę, antydatowanego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - w dniu 11 stycznia 2017r.

Złożenie oświadczenia JEDZ w dniu 11 stycznia 2017r., na którym widnieje data 8 września

13

2016r. oznacza, że ktoś, kto takie oświadczenie podpisał - oświadczył nieprawdę, że podpisuje je w dniu 8 września 2016r.

Tego typu działanie jest sprzeczne z prawem i stanowi przestępstwo, o którym mowa w art. 271 § 1 Kodeksu karnego :§ 1. Funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadcza w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne.

W ocenie Odwołującego niewątpliwie - osoby posiadające uprawnienie do reprezentowania AG Complex sp. z o.o. - są innymi osobami uprawnionymi do wystawienia dokumentu - tj. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Niewątpliwie - podpisały one go w okresie pomiędzy 5 stycznia 2017 a 11 stycznia 2017r. gdyż dokument ten został dostosowany do wezwania Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego - Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Tym samym nawet gdyby uznać przedmiotową czynność za ważną - zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy - z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji" lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z

postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że w rozpoznawanym przypadku podpisanie w okresie 5 stycznia 2017r. – 11 stycznia 2017r. dokumentu - i opatrzenie go datą „8.09.2016r.” - BYŁO wprowadzeniem Zamawiającego w błąd polegającym na tym, że wywołało u niego przeświadczenie, jakoby wykonawca miał przedmiotowy dokument w prawidłowej formie w dniu 8 września 2016r. i wtedy go podpisał.

Odwołujący podkreślił, że od dnia 8 września 2016 do 5 stycznia 2017r. mogło dojść do wielu wydarzeń skutkujących wykluczeniem z postępowania - zaległości podatkowych, opłat itd. i Wykonawca - w przypadku uzupełnienia dokumentu - powinien podpisać go na dzień podpisania, jednocześnie wskazując, że jest on również aktualny na dzień 8 września 2016r. (złożenia oferty).

Działanie polegające na antydatowaniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia powoduje, że wykonawca nie potwierdza w ten sposób warunków udziału w postępowaniu a wręcz przeciwnie - wprowadza Zamawiającego w błąd.

14

-
- 5) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo niewykazania przez niego braku podstaw wykluczenia (zaakceptowanie przez Zamawiającego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w punkcie dotyczącym zaległości publicznoprawnych oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących podstaw wykluczenia.

W części III formularza JEDZ, sekcja B „Podstawy związane z płatnością składek i podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne” sformułowano następujące pytanie: „Czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby?”.

W JEDZ z dnia 8 września 2016 r. części III, sekcja B „Podstawy związane z płatnością składek i podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne”, rubryka „Płatność podatków lub składek na ubezpieczenie” wykonawca AG Complex oświadczył, że wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne.

Odwołujący wskazał, że z informacji jakie Zamawiający uzyskał w dniu 28 września 2016 r. od Urzędu Dzielnicy Białoleka wynika, że wykonawca AG Complex na dzień 28 września 2016 r. zalega w Dzielnicy Białoleka z tytułu opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi na kwotę 60 PLN (pismo UD-II-WBK- PO.3140.(2872).2106JDU). Tym samym należy przyjąć, że Zamawiający dysponował wiedzą, że wykonawca oświadczył nieprawdę w części III, sekcja B JEDZ. Pomimo takiej wiedzy Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy AG Complex czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem nie wykluczył z postępowania wykonawcy, który powinien zostać wykluczony.

Jednocześnie w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę AG Complex na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. W przepisie tym określono, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

- 6) Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego - ZMT Invest.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych oświadczeń

15

lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj. m.in. spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw wykluczenia.

Ponadto w § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. *w sprawie*

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) sformułowano dla Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 Rozporządzenia. W § 5 pkt 1-9 Rozporządzenia wymieniony został katalog dokumentów, jakich Zamawiający może żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, że w przypadku, gdy wykonawca polega na potencjalne podmiotu trzeciego w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, do przedstawienia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę okoliczności tego postępowania Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 5 października 2016 r. wezwał wykonawcę AG Complex na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy (w piśmie Zamawiającego błędnie wskazana podstawa - art. 26 ust. 2 ustawy) do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 określone w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący podkreślił, że wezwanie to dotyczyło wyłącznie wykonawcy AG Complex. Także w dalszym toku postępowania Zamawiający - wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy - nie wezwał Wykonawcy do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, tj. ZMT Invest. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących ZMT Invest w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 ustawy.

- 7) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust.1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG Complex pomimo, że wykonawca do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego w ofercie.

Wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - należy podkreślić, że co prawda w SIWZ znalazło się określenie: „Zgodnie z art. 24aa ustawy jedynie od Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza, Zamawiający; będzie żądał”

Odwołujący wskazał, że nie mogło ono dotyczyć kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy - nie jest dokumentem, który mógł być żądany „na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu, jak również, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu”

16

Określenie to wskazuje wręcz przeciwnie - że skoro Zamawiający przewidział zastosowanie art. 24aa to na wstępie będzie badał okoliczności powodujące możliwość odrzucenia oferty. Czyli - m.in. kosztorys ofertowy. Zgodnie z art. 24aa - Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Tym samym – kosztorys ofertowy - potrzebny jest do pierwszej czynności, do oceny ofert. Odwołujący wskazał, że w zakresie art. 24 aa została wydana opinia Urzędu Zamówień Publicznych: „Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp”. (www.uzp.gov.pl). Odwołujący podkreślił, że nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym - mogą doprowadzić do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Sprawdzenie kosztorysu ofertowego na tym etapie - było koniecznością.

Zamawiający bezpodstawnie wezwał do złożenia kosztorysu ofertowego, art. 26 ust. 1

ustawy – nie uprawniał go do tego, Wykonawca miał obowiązek złożyć kosztorys ofertowy w ofercie - czego nie uczynił.

W podsumowaniu stanowiska Odwołujący podniósł, że w postępowaniu doszło do zaniechania wykluczenia wykonawcy, odrzucenia jego oferty, zaniechania wezwania do złożenia dokumentów podmiotu trzeciego oraz bezpodstawnego utajnienia elementów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamówienia nie może uzyskać podmiot, który podlega wykluczeniu - w związku z powyższym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz

17

oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2017 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 30 stycznia 2017 roku (poniedziałek) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także

18

stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie.

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego z złożonym pismem z dnia 3 lutego 2017 roku „Odpowiedz zamawiającego na odwołanie”. W przedstawionym pisemnym stanowisku Zamawiający:

- 1) uwzględnił zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, z wyłączeniem załączników do ww. pisma (pkt 1 petitum odwołania);
- 2) uwzględnił zarzut zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka

- z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pkt 3 petitum odwołania);
- 3) uwzględnił zarzut zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pkt 6 petitum odwołania);
- 4) w zakresie pozostałych zarzutów wniósł o ich oddalenie w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w przedmiocie rażąco niskiej ceny w części tego zarzutu dotyczącego uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

19

- zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy AG-COMPLEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego – ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Izba w tym miejscu zaznacza, że w obrębie poszczególnych zarzutów odwołania, wskazanych pod kolejnymi numerami zarzutów (1-7) zawarte są grupy zarzutów, które podlegają wyodrębnieniu. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie tych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego, co nie jest równoznaczne z uwzględnieniem zarzutów zawartych w poszczególnych punktach porządkowych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje odwołanie w całości, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania ww. zakresie, a uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w części – tym samym w tym postępowaniu odwoławczym nie mamy do czynienia z czynnością wniesienia sprzeciwu, a od której to czynności uzależnione jest rozpoznanie odwołania.

Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego - jest bezcelowe. Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego

sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część

20

za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu.

Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 8 ust. 1 ustawy - *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

Art. 22a ust. 3 ustawy – *Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu*

21

oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy- *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*

Art 26 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów*

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Art. 26 ust. 3 ustawy – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

Art. 96 ust. 3 ustawy - Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu

22

postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza). Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne. Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie

23

strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby

Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

III.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Ad 1)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień wykonawcy AG Complex w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty.

Zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego w części dotyczącej odtajnienia wyjaśnień elementów ceny jakich udzielił AG-Comlex, w tym zakresie podlegał rozpoznaniu Izby – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na względzie w szczególności podniesioną przez Odwołującego bardzo ograniczoną, szczątkową argumentację w uzasadnieniu odwołania, Izba wskazuje, że wskazana przez Odwołującego regulacja art. 8 ust. 1 ustawy stanowi zasadę, która doznaje jednakże ograniczenia w określonych przypadkach. Jawność składanych oświadczeń, dokumentów w postępowaniu doznaje ograniczeń z mocy ustawy tj. art. 8 ust. 3 ustawy. Izba podkreśla, że nie stanowi naruszenia zasady jawności zastrzeżenie - jak w rozpoznawanej sprawie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia takich informacji, które mogą być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności w oznaczonym zakresie. Wówczas nie stanowi to naruszenia zasady jawności i nie można przypisywać zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 ustawy, przez fakt, że Zamawiający nie odtajnił dokumentów, które stanowiły tajemnice przedsiębiorstwa wykonawcy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,*

24

jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Przepis ten znówelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o ziemnie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na tym, że to wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa nadal zawarte jest w przepisie. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. W rozpoznawanej sprawie wykonawca AG-Complex jednocześnie dokonał zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa jak również podał uzasadnienie swojego działania. Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny przedstawionych przez wykonawcę AG-Complex uzasadnienia zastrzeżeń.

Izba wskazuje, że to na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację obie jęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Wykonawca AG-Complex podjął odpowiednie działania w celu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej ofercie.

25

Izba wskazuje, że argumentacja podniesiona przez Odwołującego w istocie sprowadza się do wskazania, że oferty wykonawców i podwykonawców jakie zostały załączone do wyjaśnień nie mają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w całości, a najwyżej ceny lub specjalne rabaty i upusty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie podziela takiego stanowiska Odwołującego. Izba zgadza się co do tego, że cena i upusty, rabaty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również określenie podmiotu będącego dostawcą danych dóbr również może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby istnieje wiele elementów w ofertach handlowych, które pozyskał dany wykonawca, a które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w tym również sam fakt takiego stosunku gospodarczego pomiędzy danymi podmiotami gospodarczymi. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w żaden sposób nie wskazał jakiegokolwiek argumentu, nawet nie starał się uprawdopodobnić, że AG-Complex objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje powszechnie znane. Odwołujący w tej sprawie, w zasadzie „po omacku” tak trochę na „ślepo” kwestionuje czynność wykonawcy AG-Complex, przy czym nie buduje żadnej znajdującej uzasadnienie argumentacji. W ocenie Izby o ile wykonawcy nadużywają nieraz prawa nieujawniania informacji i obejmują tajemnicą przedsiębiorstwa wszystko, to w rozpoznawanej sprawie Odwołujący skupia swoją uwagę na jednym jedynym elemencie – ofertach podwykonawców, przy czym uznaje zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa cen, rabatów i upustów – czyli tego co w zasadzie stanowi istotę badania oferty w przyrządzie ewentualnie ceny rażąco niskiej. Brak w tym zakresie argumentacji w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że wykonawca nie tyle chce badać faktycznie elementy ceny jakie stanowiły składniki ceny całkowitej, ile chce poznać dostawców – kontrahentów wykonawcy. Izba podtrzymuje, że takie informacje również mogą stanowić bardzo ważne i strategiczne dla wykonawcy okoliczności, które obejmie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uznała za niezbyt trafiony również argument dotyczący obszerności złożonych wyjaśnień, a co za tym idzie okoliczności, że tylko niewielki fragment może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że to nie obszerność, ale zakres informacji zawarty w złożonych wyjaśnieniach stanowi o zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji.

Ad 2)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez 3-krotne uzupełnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia tego wykonawcy – Izba zarzut uznała za niezasadny.

26

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wykonawca AG Complex do oferty załączył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej: JEDZ).

Izba wskazuje, że zgodnie z tym co podnosił Odwołujący, w dniach 23 września 2016 roku oraz 4 października 2016 roku Zamawiający wezwał wykonawcę AG Complex do złożenia stosownych wyjaśnień. W dopowiedzi na ww. wezwania do wyjaśnień wykonawca AG Complex złożył stosowne wyjaśnienia - które nie są kwestionowane przez Odwołującego w tym postępowaniu – oraz załączył dokumenty takie jak: (29 września 2016 roku) oświadczenie JEDZ dla AG Complex z poprawioną częścią, o którą pytał Zamawiający oraz oświadczenie JEDZ dla ZMT Inwest Sp. z o.o. z poprawioną częścią, o którą pytał Zamawiający, jak również informację o niezaleganiu z opłatami za użytkowanie wieczyste wydaną przez Zarząd Mienia Skarbu Państwa w Warszawie, Informację o niezaleganiu z opłatami za użytkowanie wieczyste wydaną przez Starostwo Powiatowe w Legionowie, Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Biuro Podatków i Egzekucji Urzędu m.st. Warszawy, Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane przez Urząd Gminy Wieliszew; (4 października 2016 roku) oświadczenie JEDZ dla AG Complex z poprawioną częścią, o którą pytał Zamawiający.

Izba wskazuje, że nie było sporne pomiędzy Stronami, że wykonawca AG Complex został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie do załączonego do oferty JEDZ-a. Jednoznaczne to również było dla wykonawcy AG-Complex, który składał stosowne wyjaśnienia.

W istocie swej problem w tej części zarzutu sprowadza się do wyjaśnienia czy Zamawiający uwzględnia przy dokonywanej ocenie dokumenty, które składa wykonawca bez wezwania do ich złożenia Zamawiającemu oraz, czy przedstawienie przez wykonawcę dokumentów Zamawiającemu niweczy procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie uzupełnienia dokumentu.

Izba wskazuje, że choć przepis art. 26 ust. 3 ustawy w wyniku nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zmienił treść art. 26 ust 3 ustawy to niezmiennie nadal przepis wskazuje „zamawiający wzywa”. Tym samym cała wypracowana dotychczas argumentacja odnośnie do tego postanowienia zostaje aktualna w obecnym czasie. Nadal z treści tego artykułu wynika bezwzględny obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy, który nakłada na niego ustawodawca i Zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają Zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia. Dotyczy to również oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, a w tym postępowaniu, zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy chodzi o dokument jednolity (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia). Ustawodawca,

27

zmieniając przepis art. 26 ust. 3 ustawy, wskazał enumeratywnie sytuacje, w których Zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a dotyczą one jedynie okoliczności, gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, podlegałaby odrzuceniu. Izba wskazuje, że za istotny należy również uznać fakt, że nie ma w ustawie regulacji dotyczącej obowiązku badania przez Zamawiającego wszystkich wpływających do niego dokumentów. Niemniej uwzględniając w tym miejscu rzetelność w prowadzeniu postępowania, można uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do podjęcia działań mających na celu wyjaśnienie, jednakże nie może mieć to – w przypadku, gdy Zamawiający nie dokona czynności zgodnie z ustawą - daleko idących skutków ustawowych dla wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie, jak już wyżej zostało to podane w dniach 23 września 2016 roku oraz 4 października 2016 roku Zamawiający wezwał wykonawcę AG Complex do złożenia stosownych wyjaśnień – wyjaśnienia zostały złożone (co nie było kwestionowane przez Odwołującego), a do tych wyjaśnień zostały załączone dokumenty. Izba podkreśla, że w żadnym miejscu ww. wezwań Zamawiający nie wskazywał na konieczność uzupełnienia oświadczenia.

Zakreśla się w tym miejscu kolejny istotny fakt, a mianowicie rozdzielenie przez ustawodawcę procedury wyjaśnienia oraz procedury uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. dysponuje zatem dwoma narzędziami Zamawiający odrębnymi umożliwiającymi mu odpowiednio albo wyjaśnienia albo uzupełnienia. Izba podkreśla, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, że nadużyciem jest kilkukrotne wzywanie do złożenia danego oświadczenia lub dokumentu oczywiście odnośnie do tego samego zakresu, jednakże na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania jednokrotnie i obowiązku tego nie

uchyla samodzielne złożenie przez wykonawcę jakich dokumentów. O dochowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców decyduje w szczególności zgodne z ustawą postępowanie Zamawiającego, który jest „gospodarzem” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym niedopuszczalna jest taka interpretacja przepisów, która zwalnia Zamawiającego z realizacji bezwzględnego obowiązku.

Uwzględniając powyższe Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego jakoby doszło do trzykrotnego uzupełnienia tego samego oświadczenia JEDZ. W efekcie tego nie będzie podlegał badaniu JEDZ załączony do złożonych wyjaśnień z dnia 29 września 2016 roku jak sugerował Odwołujący, lecz dokument który został złożony w tym postępowaniu na wezwanie Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaleniami poczynionymi również przez Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2017 roku wezwał AG-Complex do złożenia w formie pisemnej JEDZ-a. Nie jest sporne między stronami, że zakres informacji określonych w

28

piśmie Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 roku nie obejmował zakresu informacji jakie stanowiły przedmiot wyjaśnień, jednakże ta okoliczność nie była kwestionowana.

Izba wskazuje, że w dniu 11 stycznia 2017 roku AG-Complex uzupełnił na wezwanie Zamawiającego oświadczenie JEDZ dla AG-Complex. W ocenie Izby uzupełnienie dokumentu na wezwanie Zamawiającego nastąpiło w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą. W zakresie tego dokumentu Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji uzasadniającej zaistnienie przesłanki do wykluczenia wykonawcy AG-Complex z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Ad 3)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy względnie art. 26 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, ani przez podmiot na którego potencjałe wykonawca polega, względnie - zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego.

Zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego w części dotyczącej naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, ani przez podmiot na którego potencjałe wykonawca polega, w tym zakresie podlegał rozpoznaniu Izby – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że kluczowym dla rozpoznania tego zarzutu jest ustalenie, że:

Po pierwsze - wykonawca AG-Complex w oświadczeniu JEDZ w Części II, sekcja C *Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów*, wskazał, że będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów,

Po drugie – wykonawca AG-Complex w dniu 17 października 2016 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy złożył *Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia* - ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z tym oświadczeniem podmiot ten zobowiązał się do udostępniania potencjału technicznego, w formie podwykonawstwa (użyczenie sprzętu), na podstawie umowy najmu sprzętu, umowy zlecenia.

Nie jest sporne między stronami, że wykonawca AG-Complex będzie polegał

29

na zdolnościach innych podmiotów, tj. ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przez dysponowanie odpowiednimi wskazanymi narzędziami, urządzeniami technicznymi. Wykonawca AG-Complex do oferty załączył oświadczenie JEDZ dla ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Część IV, sekcja C – *zdolność techniczna i zawodowa* gdzie rubryka nr 9 nie została wypełniona.

Zamawiający, w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie wzywał AG-Complex do uzupełnienia oświadczenia JEDZ dla ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wskazać należy, że Odwołujący w przedstawionej w uzasadnieniu odwołania argumentacji nie wskazał na dokument, który zawierałby wezwanie do uzupełnienia oświadczenia JEDZ dla ZMT Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego podniesioną w odwołaniu, w tym zakresie argumentacja zawarta w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu drugiego (ad 2) uzasadnienia odwołania) pozostaje w całości aktualna w zakresie rozpoznania tego zarzutu. Dodatkowo Izba wskazuje, że właśnie ten przykład w sposób bardzo obrazowy przedstawia sytuację, gdy wykonawca nie był wzywany do złożenia dokumentu – czyli nie został w stosunku do niego zrealizowany ustawowy obowiązek Zamawiającego, a Odwołujący stara się wykazać – w sposób oczywiście niezasadny – że z faktu przesłania Zamawiającemu, bez uprzedniego wezwania, jakiegoś oświadczenia / dokumentu materializuje się po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że postawiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy jest niezasadny, tym samym nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego zarzutów. Izba zgadza się również z argumentacją Zamawiającego zawartą w złożonym piśmie, że zarzut ten jest przedwczesny, bowiem Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku wezwania wykonawcy AG-Complex do uzupełnienia oświadczenia JEDZ dla ZMT Invest Spółka z ograniczoną

Izba że takie jest odpowiedzialnością. wskazuje, stanowisko reprezentowane w orzecznictwie Izby, dla przykładu: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2194/16.

Ad 4)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo złożenia nieprawdziwego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - złożonego w dniu 11 stycznia 2017r., a ponadto z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia przez

30

uzupełnienie poświadczającego nieprawdę, antydatowanego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - w dniu 11 stycznia 2017r.- Izba zarzut uznała za niezasadny.

Argumentacja faktyczna Odwołującego przedstawiona w zakresie tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania sprowadza się do stwierdzenia, że „złożenie oświadczenia JEDZ w dniu 11 stycznia 2017r., na którym widnieje data 8 września 2016r. oznacza, że ktoś, kto takie oświadczenie podpisał - oświadczył nieprawdę, że podpisuje je w dniu 8 września 2016r.”

W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 25 a ust. 1 ustawy do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Oświadczenie, o którym mowa składane jest, w przypadku tej sprawy z uwagi na jej szacunkową wartość, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór, standardowy formularz, określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16). Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwie członkowskim, a w życie weszło z dniem 18 kwietnia 2016 roku.

Z powyżej wskazanych przepisów wynika, że oświadczenie w postaci JEDZ-a złożone wraz z ofertą musi wstępnie potwierdzać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Tym samym, co należy podkreślić, przepis ten w sposób jednoznaczny przesądza na jaki to dzień informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ mają potwierdzać spełnienie określonych

wymagań – na dzień składania ofert; tym samym żaden inny dzień nie może być brany pod uwagę przy ocenie przesłanek wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji.

Izba wskazuje, że oświadczenie JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, jest to oświadczenie wiedzy jakie w postępowaniu o udzielenie zamówienia składa wykonawca. Oświadczenie JEDZ stanowi dowód wstępny, który zastępuje zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie.

Wykonawca może zostać wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia JEDZ, do czego ten ostatni jest zobowiązany w sytuacji, gdy JEDZ jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wskazane przez

31

Zamawiającego wątpliwości, w terminie jaki zostanie określony przez Zamawiającego.

W przypadku uzupełnienia oświadczenia JEDZ, wykonawca składa taki dokument do Zamawiającego, przy czym podkreślenia wymaga, że „zadaniem” tego oświadczenia jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Fakt tego, że oświadczenie JEDZ potwierdza wstępnie spełnienie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert – co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów – prowadzi do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert.

Podkreślenia wymaga, że nie zostało skonkretyzowane, jak należy odczytywać datę na tym dokumencie - oświadczeniu JEDZ – jako datę potwierdzenia oświadczenia wiedzy zawartego we wstępnym oświadczeniu, czy też jako datę sporządzenia dokumentu. Obowiązujący przepis (art. 26 ust. 3 ustawy) wskazuje jedynie, że dokumenty muszą zostać uzupełnione w terminie określonym przez Zamawiającego, co w ocenie Izby pozwala na twierdzenie, że regulacja nie stanowi żadnej wytycznej dla określenia daty w oświadczeniu JEDZ. Zestawiając zatem ze sobą powyższą argumentację Izba dochodzi do przekonania, że data zawarta w oświadczeniu nie stanowi żadnej determinanty, która miałaby wpływ na złożone przez wykonawcę oświadczenia wiedzy zawarte w JEDZU.

W sposób szczególny obrazuje ten stan rzeczy sytuacja, w której wykonawca składając wraz z ofertą oświadczenie JEDZ nie zawrze na ostatniej stronie tego dokumentu daty. Brak tej daty nie skutkuje nieważnością złożonego oświadczenia, jak również nie skutkuje nieprawdziwością złożonego oświadczenia. Wskazać bowiem należy, że oświadczenie JEDZ jest zindywidualizowane na dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez konkretnego Zamawiającego co wynika z Części I – Informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia oraz instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego. Tym samym zindywidualizowany również jest dla takiego oświadczenia JEDZ termin jego aktualności, który wynika z prowadzonej przez Zamawiającego procedury o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu Izba pragnie również zwrócić uwagę na drugi przykład, który potwierdza, że data zawarta w dokumencie jest wtórna w stosunku do złożonego oświadczenia JEDZ, które i tak składane jest zgodnie z przepisem na dzień składania ofert/wniosków – a mianowicie, oferty sporządzane są przed terminem ich składania, czasami nawet z dużym wyprzedzeniem. Jeżeli wykonawca w oświadczeniu JEDZ, na dokumencie zawrze datę wyprzedzającą termin składania ofert (w zasadzie nie ma znaczenia, czy o jeden dzień czy

32

też o tydzień, czy miesiąc) to nie zmienia to faktu, że jego oświadczenie ma potwierdzać wstępnie na dzień składania ofert, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji.

Przechodząc do uzupełnienia oświadczenia JEDZ na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w ocenie Izby – przy uwzględnieniu powyższej argumentacji – można uznać, że niezależnie od tego, jaką datą będzie opatrzony dokument, to oświadczenia złożone są – co wynika z przepisów – zawsze na dzień składania ofert / wniosków. Bowiem to nie data zawarta w oświadczeniu JEDZ stanowi o aktualności tego oświadczenia

(oświadczeń zawartych w poszczególnych częściach JEDZA) na dany moment, a przepis ustawy, który jasno i jednoznacznie precyzuje, że oświadczenia są aktualne na dzień składania ofert /wniosków.

Tym samym zarzut postawiony przez Odwołującego jest niezasadny ponieważ, uwzględniając, że wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie wstępnie potwierdzające, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji, Odwołujący nie wykazał, że złożone zostało nieprawdziwe poświadczające nieprawdę oświadczenie JEDZ, jak również nie wykazał Odwołujący, że nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał, że na dzień składania oferty oświadczenia nie były aktualne. Fakt przedstawienia oświadczenia JEDZ w dniu 11 stycznia 2017 roku z datą 8 września 2016 roku nie przesądza, że oświadczenia co do podstaw wykluczenia, czy też spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert tj. 8 września 2016 roku były nieprawdziwe, czy też że nie zostały wykazane na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu, czy też brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. Izba podkreśla, że nie jest determinantą oświadczenia JEDZ data jak jest w nim podana, bowiem to ustawa przesądza na jaki dzień dokonuje się badania potwierdzenia wstępnego spełnienia określonych przez Zamawiającego wymagań.

Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący, na którym ciąży obowiązek dowiedzenia przed Izbą podnoszonych okoliczności nie wykazał, nie przedstawił żadnych dowodów to potwierdzających a odwołanie się przez Odwołującego *do logiki postępowania* i twierdzenie że *jak zamawiający wezwał 05.01.2017 r. to niemożliwe jest twierdzenie, że dokument został podpisany 08.09.2016 r.* jest w ocenie Izby niewystarczające. Odwołujący wskazał, że *prawidłowo podpisany dokument powinien zawierać datę 11.01.2017 r. i jednocześnie zawierać informacje, że potwierdza on okoliczności na 08.09.2016 r.,* ale jednocześnie Odwołujący nie wskazał w jaki sposób stosując formularz wykonawca miałby tego dokonać. Jednocześnie w ocenie Izby powyższe potwierdza, że sam Odwołujący dostrzega, że oświadczenie potwierdza wstępnie spełnienie wymagań na dzień otwarcia ofert, co wynika bezpośrednio z przepisu, a co w ocenie Izby nie może być inaczej oceniane, tym

33

samym nie ma podstawy do wymagania składania dodatkowych oświadczeń przez wykonawcę.

Ad 5)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy AG Complex, pomimo niewykazania przez niego braku podstaw wykluczenia, zaakceptowanie przez Zamawiającego poświadczającego nieprawdę Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w punkcie dotyczącym zaległości publicznoprawnych oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących podstaw wykluczenia - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu niezbędne jest ustalenie, że w SIWZ Zamawiający nie określił przesłanek fakultatywnych wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 25 ust. 5 ustawy). Izba wskazuje, że w swojej argumentacji Odwołujący nie odniósł się do żadnych postanowień SIWZ, nie wskazał wymagań określonych przez Zamawiającego. Izba zaznacza, że w rozdziale 12 SIWZ – Podstawy wykluczenia Zamawiający wskazał tylko przesłanki obligatoryjne z art. 24 ust. 1 ustawy. Odwołujący w trakcie rozprawy nie kwestionował argumentacji Zamawiającego.

Izba wskazuje również, że Zamawiający wykazał – co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania w informacji pochodzącej od Pani T.Ch., Inspektora w Wydziale Budżetowo-Księgowym dla Dzielnicy Białoleka – na podstawie pozyskanych informacji, że wykonawca AG-Complex nie ma zaległości w opłatach za odpady komunalne.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy.

Ad 6)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy AG Complex do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego - ZMT Invest.

Zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego w całości, co potwierdził Odwołujący w złożonym na rozprawie oświadczeniu: *zamawiający w całości zarzut uwzględnił.*

Ad 7)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG Complex pomimo, że wykonawca do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego w ofercie - Izba zarzut uznała za niezasadny.

34

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest całkowicie niezasadna, ponieważ w ocenie Izby Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którego wynikałoby, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Kosztorysu ofertowego. Tym samym nie sposób jest wywodzić, że AG-Comlex złożył ofertę niezgodną z postanowieniami SIWZ. Fakt określenia przez Zamawiającego terminu złożenia Kosztorysu ofertowego jedynie przez podmiot, którego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza był znany Odwołującemu już na etapie po ogłoszeniu postępowania, zatem kwestionowanie tego postanowienia SIWZ w tym miejscu jest spóźnione.

Odwołujący stara się wywieść, że wykonawcy powinni byli złożyć Kosztorys ofertowy wraz z ofertą z uwagi na prowadzone postępowanie w procedurze na podstawie art. 24 aa ustawy, jednakże i ta argumentacja nie może zostać uznana za zasadą, bowiem Zamawiający wprost wskazał, kto i w jakim czasie będzie składał Kosztorys ofertowy. Odwołujący nie wykazał również w jakim zakresie i odnośnie do jakich postanowień SIWZ niezbędny był na etapie oceny ofert Zamawiającemu Kosztorys ofertowy i w jakim zakresie uniemożliwił badanie złożonej oferty. Odwołujący wskazywał, że nieprawidłowości w Kosztorysie ofertowym mogą doprowadzić do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jednakże Izba zaznacza, że o tyle, o ile tego Kosztorysu ofertowego żądał Zamawiający. Odwołujący podniósł, że złożenie Kosztorysu ofertowego wraz z ofertą było koniecznością, jednakże w ocenie Izby byłoby to twierdzenie zasadne, gdyby Zamawiający określił takie wymaganie w SIWZ.

Zamiana reguł na tym etapie postępowania i przyjęcie, że wykonawca miał wraz z ofertą złożyć Kosztorys ofertowy – choć nie było to wymagane w SIWZ – prowadziłaby do naruszenia zasad postępowania.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy natomiast powiązana nierozzerwalnie w zarzucie argumentacja naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy w tej konfiguracji jest spóźniona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

35

.....

36