



Biuro MZK Jastrzębie-Zdrój

wplynęło dnia 20.04.15

L.dz. 1305/2015

WASKO S.A.: ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice
tel.: +48 32 332 55 00, e-mail: wasko@wasko.pl
fax: +48 32 332 55 05, http://www.wasko.pl

l.dz.: DSM/04/5716/04/2015

Gliwice, dnia 17 kwietnia 2015r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

Ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący:

WASKO S.A., Ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,

Fax: 032 33 25 530, Email: oferty-dsm@wasko.pl

Zamawiający:

Międzygminny Związek Komunikacyjny

ul. Przemysłowa 10

44-335 Jastrzębie-Zdrój

E-mail: mzk.sekretariat@mzkjastrzebie.com

Faks: +48 324763474

Komisja
Przebiegowa**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, instalację 105 tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy wraz z przyłączami energetycznymi działających w ramach Systemu pn: „Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi” (Nr sprawy: MZK/D/3/2015).

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą Pzp), WASKO S.A. (zwana dalej „Odwołującym”) wnosi odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oraz instalacja 105 dodatkowych tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy wraz z przyłączami energetycznymi, działającymi w ramach Systemu pn:

„Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 035-059431.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu –

I Zarzuty odnoszące się do wykonawcy MPTechnology, ul. Portowa 13b, 76-200 Słupsk (dalej MPTechnology):

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp:

- poprzez wybór przez Zamawiającego oferty Wykonawcy MPTechnology jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, pomimo faktu, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. Zarzut naruszenia §3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej Rozporządzenie w sprawie dokumentów),
zarzut naruszenia §7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów,
zarzut naruszenia art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 70¹ §4 Kodeksu cywilnego,

zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

- poprzez nieprzestrzeganie przez Zamawiającego (będącego organizatorem przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego) ustalonych warunków przetargu, w których ustalił katalog wymaganych dokumentów, a następnie nie egzekwował od Wykonawcy MPTechnology dokumentów pierwotnie wymaganych, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że Wykonawca MPTechnology spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie;

3. zarzut naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy Pzp,

zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp:

- poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy MPTechnology, które w konsekwencji prowadzić miało do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz który nie wykazał w sposób żądany przez Zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

4. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę MPTechnology, pomimo że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Z ostrożności podnoszony przez Odwołującego:

5. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

zarzut naruszenia przez Zamawiającego §7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów,
zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp:

- poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy MPTechnology do uzupełnienia dokumentów, których brak w ofercie oraz do uzupełnienia dokumentów, które co prawda zostały złożone, ale nie odpowiadają wymogom przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów - w zakresie wynikającym szczegółowo z uzasadnienia odwołania;

6. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp:

- poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy MPTechnology do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o których mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż wysokość zaoferowanej ceny przez Wykonawcę MPTechnology wskazuje na niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia w ramach tejże ceny.

W konsekwencji Odwołujący stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, z uwagi na faworyzowanie przez Zamawiającego Wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu, którzy składają oferty nierzetelnie przygotowane, niekompletne, nie spełniające wymogów przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

II Zarzuty odnoszące się do Wykonawcy COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej COMP):**1. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp:**

- poprzez sklasyfikowanie przez Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert oferty złożonej przez Wykonawcę COMP i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, pomimo faktu, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. Zarzut naruszenia art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 70¹ §4 Kodeksu cywilnego,

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy Pzp:

- poprzez nieprzestrzeżenie przez Zamawiającego (będącego organizatorem przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego) ustalonych warunków przetargu, w których Zamawiający sformułował brzmienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia, a następnie nie egzekwował od Wykonawcy COMP spełniania tych warunków, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że wykonawca COMP spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie;

3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

- poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia Wykonawcy COMP przez podmiot trzecie jest realne, pozwalające na faktyczne ich wykorzystanie przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że Wykonawca COMP spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo wykazał ich spełnianie.

Z ostrożności podnoszony przez Odwołującego zarzut:

4. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia §1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów,

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,

Zarzut naruszenia §1 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów:

- poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy COMP do uzupełnienia dokumentów, których brak w ofercie oraz do uzupełnienia dokumentów, które co prawda zostały złożone, ale nie odpowiadają wymogom przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów – w zakresie wynikającym szczegółowo z uzasadnienia odwołania;

W konsekwencji Odwołujący stawia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, z uwagi na faworyzowanie przez Zamawiającego Wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu, którzy składają oferty nierzetelnie przygotowane,

niekompletne, nie spełniające wymogów przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Powtórnego badania i oceny ofert;
3. Wykluczenia z postępowania Wykonawców MPTechnology i COMP, odrzucenia ofert złożonych przez tych Wykonawców;
4. Wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

Względnie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Powtórnego badania i oceny ofert;
3. Wezwania Wykonawców MPTechnology i COMP do uzupełnień dokumentów brakujących i/lub wadliwie złożonych;
4. Wybór oferty najkorzystniejszej po dokonanych przez tych Wykonawców uzupełnieniach, w szczególności przy braku uzupełnień lub uzupełnieniu dokumentów nieprawidłowych przez Wykonawców MPTechnology i COMP, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący wyjaśnia, że jest wykonawcą mającym interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, w związku z czym jest podmiotem legitymowanym do wniesienia niniejszego odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Złożone oferty:

1. MPTechnology: cena brutto 3.095.156,03 zł; oferowany okres gwarancji 60 miesięcy;
2. Comp S.A.: cena brutto 3.936.000 zł; oferowany okres gwarancji 72 miesiące;
3. Wasko S.A.: cena brutto 3.810.540 zł; oferowany okres gwarancji 36 miesięcy;
4. Sprint S.A.: cena brutto 5.161.072,01 zł; oferowany okres gwarancji 60 miesięcy.

Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą cenowo od Wykonawcy COMP, jednak z uwagi na dłuższy okres gwarancji oferowany przez Wykonawcę COMP, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu.

Jednak przy weryfikacji ofert Wykonawców MPTechnology i COMP Zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów ustawy Pzp dokonując niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności jak również nie dokonując czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wniesione odwołanie zmierza do wykluczenia z postępowania Wykonawców MPTechnology i COMP, czyli obydwu Wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane wyżej w rankingu ofert niż oferta Odwołującego. Wykluczenie obu Wykonawców z postępowania spowoduje, że pierwsze miejsce w rankingu ofert będzie zajmowała oferta Odwołującego. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i klasyfikacji ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów, przez które to naruszenia jako najkorzystniejsza nie została wybrana oferta Odwołującego. Odwołujący poniósł tym samym szkodę w postaci pozbawienia możliwości realizacji zamówienia i osiągnięcia zysku z jego realizacji. Wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp i Rozporządzenia w sprawie dokumentów miały przy tym istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów oraz do sklasyfikowania przed ofertą Odwołującego ofert Wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a ich oferty podlegają odrzuceniu.

Termin na wniesienie odwołania:

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego odwołania, Odwołujący powziął z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 10.04.2015r., a zatem niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem przepisanej terminu.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. W dniu 10.04.2015r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Z przekazanej informacji wynika, że za najkorzystniejszą uznana została oferta Wykonawcy MPTechnology, na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta Wykonawcy COMP, natomiast na trzecim miejscu sklasyfikowana została oferta Odwołującego. Odwołujący nie zgadza się jednak z oceną ofert i wyborem dokonany przez Zamawiającego. Odwołujący uważa, że dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń przepisów ustawy Pzp, dokonując czynności z uchybieniem przepisów ustawy Pzp jak i nie wykonując czynności,

do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie dla stawianych zarzutów.

Uzasadnienie dla zarzutów odnoszących się do wykonawcy MPTechnology:

I Niespełnienie przez MPTechnology warunków udziału w postępowaniu,
brak wykazania przez tego Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu:

Wykonawca MPTechnology, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawił w wykazie głównych dostaw jedno zamówienie, którego wykonawcą jest podmiot trzeci, tj. GMV Sistemas S.A.U. Ponadto, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności finansowej przedłożył informację z banku tego podmiotu. Wykonawca MPTechnology, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamierzał zatem skorzystać z zasobów udostępnionych mu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp:

2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Niekwestionowaną zasadą jest, że w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, zobowiązanie tego podmiotu, w którym zobowiązuje się on do udostępnienia wykonawcy składającemu ofertę niezbędnych zasobów powinno zostać złożone z zachowaniem formy pisemnej (tj. w oryginale). Tymczasem Wykonawca MPTechnology złożył kopię dokumentu (strona 36 oferty) poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, co nie pozwala uznać, że wymóg pisemności zobowiązania został dochowany.

Dodatkowo należy zauważyć, że z oferty złożonej przez MPTechnology nie wynika, aby oświadczenie o udostępnieniu zasobów było złożone przez osobę uprawnioną do zaciągania tego typu zobowiązań w imieniu GMV Sistmas S.A.U. Na załączonej do oferty kopii dokumentu oświadczenia o udostępnieniu zasobów widnieje podpis Pani Weroniki Małek, której umocowanie do udostępniania zasobów GMV Sistemas S.A.U. wykonawcom w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało należycie wykazane. Wraz z ofertą Wykonawca

MPTechnology złożył wyłącznie kopię pełnomocnictwa udzielonego Pani Weronice Małek przez Pana Ildefonso-Javier Lopez Espana, które jednak w ocenie Odwoływającego nie uprawnia Pani Weroniki Małek do udostępniania zasobów podmiotu GMV Sistemas S.A.U. innym wykonawcom. W ocenie Odwoływającego taka kompetencja powinna wynikać wprost ze składanego dokumentu pełnomocnictwa. Ponadto należy zauważyć, że z żadnego dokumentu załączonego do oferty Wykonawcy MPTechnology nie wynika, czy sam Pan Ildefonso-Javier Lopez Espana jest uprawniony do reprezentacji podmiotu GMV Sistemas S.A.U. oraz czy może udzielać innym osobom pełnomocnictw do reprezentacji tego podmiotu. Niezależnie od powyższego, należy również wskazać, że dokument pełnomocnictwa dla Pani Weroniki Małek jest kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, nie jest to oryginał dokumentu, ani nawet kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający zasoby. Tym samym Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby uznać, że zasoby podmiotu trzeciego GMV Sistemas S.A.U. zostały udostępnione Wykonawcy MPTechnology i Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał ich spełnianie. W takiej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony, aby wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę MPTechnology jako najkorzystniejszą.

Należy również zauważyć, że z treści przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wynika, w jaki sposób Wykonawcy MPTechnology będą udostępnione zdolności finansowe podmiotu GMV Sistemas S.A.U. W ocenie Odwoływającego, w takich okolicznościach Zamawiający winien zażądać od Wykonawcy MPTechnology dokumentów, które wskazywałyby sposób udostępnienia tych zasobów, w celu oceny, czy udostępnienie ma charakter realny. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że zasoby finansowe GMV Sistemas S.A.U. zostały udostępnione w sposób realny.

Zamawiający wymagał od wykonawców, którzy wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polegają na zasobach udostępnionych przez podmioty trzecie (a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia) złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do tych podmiotów – żądanie Zamawiającego było zgodne z §3 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów i zostało wyrażone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zgodnie z dokumentem złożonym przez Wykonawcę MPTechnology (strona 36 oferty) podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia, w związku z czym Wykonawca MPTechnology zobowiązany był złożyć wraz z ofertą dokumenty potwierdzające, że w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą podstawy do wykluczenia go z postępowania. Tymczasem Wykonawca MPTechnology nie złożył żadnego dokumentu, który odnosiłby się do kwestii braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw, aby uznać, że zasoby podmiotu trzeciego GMV Sistemas S.A.U. zostały

udostępnione Wykonawcy MPTechnology i Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał ich spełnianie. W takiej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony, aby wybrać ofertę złożoną przez Wykonawcę MPTechnology jako najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Zamawiający nie mógł uznać w okolicznościach przedmiotowej sprawy, że Wykonawca MPTechnology wykazał w sposób prawidłowy spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przy rzetelnej ocenie dokumentów złożonych przez Wykonawcę MPTechnology wraz z ofertą, Zamawiający powinien raczej podjąć decyzję o wykluczeniu tego Wykonawcy z postępowania, a nie o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

II Zaniechanie wezwania do uzupełnień złożonej oferty:

Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp:

3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Zamawiający nie zastosował tego przepisu, pomimo iż oferta Wykonawcy MPTechnology zawiera szereg braków i wadliwych dokumentów, które powinny stanowić przeszkodę do wyboru złożonej przez tego Wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazuje, że:

1. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało złożone w formie kopii, wobec czego Wykonawca MPTechnology powinien zostać wezwany do uzupełnienia oryginału; Dodatkowo w tym zakresie należy zauważyć, że dokument został podpisany przez osobę, której umocowanie nie wynika ze złożonej oferty, wobec czego Wykonawca MPTechnology powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów, z których takie umocowanie by wynikało;

2. Wykaz głównych dostaw został podpisany przez Panią Weronikę Małek, która nie posiada umocowania do działania w imieniu MPTechnology (a przynajmniej takie umocowanie nie wynika ze złożonej oferty), wobec czego Wykonawca MPTechnology powinien zostać wezwany do uzupełnienia prawidłowo podpisanego wykazu głównych dostaw, lub do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani Weroniki Małek upoważniającego do reprezentacji Wykonawcy MPTechnology;
3. Oferta Wykonawcy MPTechnology nie zawiera dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, tj. GMV Sistemas S.A.U., pomimo iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w przypadku gdy podmiot trzeci udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia takie dokumenty należało złożyć, wobec czego Wykonawca MPTechnology powinien zostać wezwany do uzupełnienia tych dokumentów;
4. Dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, tj.
 - a. Poświadczenie należytego wykonania zamówienia (wraz z tłumaczeniem) wskazanego w wykazie głównych dostaw;
 - b. Informacja z banku dotycząca zdolności finansowych podmiotu trzeciego (wraz z tłumaczeniem);
 - c. Dokument pełnomocnictwa dla Pani Weroniki Małek;- zostały złożone w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, a nie przez podmiot udostępniający zasoby, co stoi w sprzeczności z §7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, wobec czego Wykonawca MPTechnology powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający zasoby.

Zamawiający winien zatem wezwać Wykonawcę MPTechnology do uzupełnienia prawidłowych dokumentów, o których mowa w pkt. 1-4 powyżej, a w przypadku braku uzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów niekompletnych/nieprawidłowych podjąć decyzję o wykluczeniu Wykonawcy MPTechnology z postępowania.

III Zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia:

Odwołujący podnosi w stosunku do oferty MPTechnology zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ustaloną wykładnią pojęcia „rażąco niska cena”, cena jest rażąco niska wtedy, gdy nie pozwala ona na wykonanie przedmiotu zamówienia, czyli gdy nie pokrywa kosztów jakie wykonawca poniesie w związku z jego realizacją. Odwołujący stawiając zarzut rażąco niskiej ceny zdaje sobie sprawę, że cena zaoferowana przez Wykonawcę MPTechnology nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30% (średnia to: 4.000.692,00 zł) co w świetle

znowelizowanych przepisów ustawy Pzp zobowiązywałoby Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Niemniej jednak w ocenie Odwołującego, który wycenił swoją ofertę na możliwie niskim poziomie (należy zauważyć, że gdyby kryterium oceny ofert była wyłącznie cena, to oferta Odwołującego byłaby na drugim miejscu w rankingu ofert), cena na tak niskim poziomie jak ta zaoferowana przez Wykonawcę MPTechnology nie pozwala na rentowną realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawia poniżej zestawienie kosztów, które bezwzględnie należało wycenić w składanej ofercie. Poniżej przedstawione elementy mają charakter obiektywny, w tym znaczeniu, że każdy Wykonawca przystępujący do realizacji przedmiotowego zamówienia będzie musiał je ponieść, bez względu na swoje obiektywne uwarunkowania, czy pozycję konkurencyjną. Zestawienie opiera się na wartościach skrajnie minimalnych, w tym znaczeniu, że teoretycznie na rynku dostępne są do pozyskania świadczenia wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia za podane w zestawieniu wartości. Zestawienie nie obejmuje przy tym elementów ryzyka, kosztów dodatkowych (nieprzewidzianych, wynikłych w toku realizacji zamówienia), indywidualnych kosztów ponoszonych przez Wykonawców, które mogą się różnić w zależności od strategii danego Wykonawcy. Poniższe zestawienie przedstawia wyłącznie koszty, które z pewnością poniesie Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Wszystkie poniżej przedstawione wartości zostały wyrażone w PLN:

LP	Element kosztowy	Koszt netto:	Koszt brutto:
1	Tablice dynamicznej Informacji pasażerskiej	1.500.000,00	1.845.000,00
2	Prace projektowe, wykonanie przyłączy energetycznych, prace budowlane	880.000,00	1.082.400,00
3	Słupy i fundamenty pod tablice SDIP	185.000,00	227.550,00
4	Prace programistyczne związane z protokołem komunikacyjnym pomiędzy nowymi tablicami a istniejącym systemem	50.000,00	61.500,00
5	Koszty związane z zarządzaniem projektem	48.000,00	59.040,00
6	Ubezpieczenie tablic, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wadium	20.000,00	24.600,00
Razem:		2.683.000,00	3.300.090,00
Cena oferty MPTechnology brutto:			3.095.156,03
Różnica:			204.933,97

Wyjaśnienie dla pozycja 1:

Kwota 1.500.000,00 zł netto to minimalna, realna kwota za jaką można wyprodukować tablice o specyfikacji technicznej, konfiguracji wymaganej przez Zamawiającego. Przy wycenie należało wziąć dodatkowo pod uwagę bardzo krótki okres realizacji zamówienia – tj. do 31.10.2015r.

Przy czym do 31.10.2015r. zamówienie musi zostać zrealizowane w całości i odebrane przez Zamawiającego, zatem realny czas na wykonanie tablic istotnie się skraca. Należy przy tym podkreślić, że tablice wymagane przez Zamawiającego nie są produktem standardowym, który można nabyć w niezbędnej ilości w dowolnym czasie. Są to urządzenia specjalnego przeznaczenia o wysokiej wartości, których nie produkuje się gdy nie ma na nie konkretnego zamówienia. Podmiot zdolny do wykonania tablic rozpocznie zatem proces ich produkcji w momencie definitywnego uzyskania zamówienia. Należy również zauważyć, że koszt tych urządzeń będzie odpowiednio wyższy z uwagi na konieczność ich wyprodukowania w możliwie najkrótszym czasie. Podana w zestawieniu kwota jest więc kwotą minimalną jaką należało przyjąć za ten element kosztowy w realizacji przedmiotu zamówienia.

Pozycja 2 i 3:

Kwota 880.000,00 zł netto i 185.000,00 zł netto to minimalne, realne, rynkowe kwoty za jakie można wykonać zakres prac wymagany do prawidłowej realizacji zamówienia, wskazany w tych pozycjach kosztowych. Przedstawiona w zestawieniu kwota wynika z dokonanego przez Wykonawcę rozpoznania rynku i dokonanej oceny rozmiaru i zakresu prac oraz robót niezbędnych do wykonania zamówienia. Przy wycenie należało również uwzględnić krótki termin na wykonanie zamówienia, co oczywiście powinno wiązać się z dodatkowym podwyższeniem kosztów. Deklarowanie wykonania prac poniżej wskazanych przez Odwołującego wartości oznacza *de facto*, oferowanie świadczenia poniżej koniecznych do poniesienia kosztów.

Pozycja 4:

Koszty niezbędnych prac programistycznych należało bezwzględnie ująć w ofercie, z uwagi na fakt, że tablice oraz ich oprogramowanie muszą współdziałać z Systemem tablic informatycznych e-rozkładów rozkładów jazdy uruchamianym przez Zamawiającego w ramach podstawowego zamówienia dotyczącego realizacji umowy na Zaprojektowanie, dostawę, instalację dodatkowych elementów e-biletu działającego w ramach Systemu pn: „Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi”. Należy zauważyć, że Zamawiający nie udostępnił dokumentacji opisującej protokół transmisji danych pomiędzy serwerem a tablicami informacji pasażerskiej (protokół i format danych). Zgodnie z pierwotnym postanowieniem SIWZ przekazanie dokumentacji miało nastąpić do 30.03.2015r. W toku postępowania Zamawiający zmienił termin przekazania dokumentacji na 01.07.2015r., zaznaczając jednocześnie, że w przypadku wcześniejszej konieczności uzyskania tych danych wykonawca powinien samodzielnie postarać się o nie u podmiotu aktualnie realizującego projekt. Należy więc zauważyć, że przyjęta w powyższym

zestawieniu kwota 50.000,00 zł netto na niezbędne prace programistyczne jest naprawdę minimalną wartością jaką należało przyjąć. W ocenie Odwołującego zakładanie tak niskich kosztów przy tej pozycji jest zbyt ryzykowne, zważywszy na krótki termin realizacji zamówienia oraz brak dokumentacji niezbędnej do integracji. Rzetelny wykonawca powinien przyjąć w tym zakresie wartość z odpowiednim zapasem, aby w razie potrzeby móc zaangażować do realizacji zamówienia odpowiednio większe zasoby w celu terminowej realizacji zamówienia.

Pozycja 5

Koszty związane z zarządzaniem projektem to nieodłączny element związany z realizacją tego typu projektów. Wartość przyjęta przez Odwołującego wynika z następujących założeń:

Jednoosobowe kierownictwo, trwające przez 6 miesięcy realizacji zamówienia (od maja do października, średnio 160 godzin w miesiącu), osoba pracująca w pełnym wymiarze czasu pracy, przy stawce 50,00 zł netto za godzinę, co daje:

$$6 \times 160 \times 50,00 \text{ zł} = 48.000,00 \text{ zł netto.}$$

Należy zauważyć, że koszty kierownictwa w prezentowanym zestawieniu przyjęte zostały na minimalnym możliwym poziomie. Jest to praca jednej osoby w pełnym wymiarze czasu pracy przez okres 6 miesięcy, po przyjętej do obliczeń nierynkowej stawce 50,00zł netto. Standardem jest wartość godziny pracy specjalisty niezbędnego do jednoosobowego kierowania projektem o podobnym stopniu skomplikowania na poziomie 80,00 zł - 100,00 zł. Odwołujący przyjmuje jednak, że koszty pracy w poszczególnych korporacjach mogą się różnić, dlatego na potrzeby zestawienia przyjmuje 50,00zł netto, chociaż w ocenie Odwołującego koszty niezbędne do poniesienia w tym zakresie będą kształtować się na wyższym poziomie.

Pozycja 6:

Są to realne koszty, które należy ponieść w związku z ubezpieczeniem, wniesieniem wadium oraz ustanowieniem wymaganego przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z przedstawionego zestawienia wynika wprost, że cena z oferty Wykonawcy MPTechnology nie pokrywa wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów. Odwołujący zaznacza, że podawane w zestawieniu wartości to wartości skrajnie minimalne. Nie są to wartości przyjmowane przez Odwołującego, ponieważ w ocenie Odwołującego rzetelna oferta nie może opierać się na wartościach skrajnie minimalnych. Niemniej jednak, aby wykazać w niniejszym odwołaniu nierealny charakter ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MPTechnology, Odwołujący stworzył zestawienie kosztów opierające się ma minimalnych możliwych do przyjęcia wartościach. Nawet

przyjęcie tych minimalnych wartości, nie pozwala na uzyskanie tak niskiej ceny jaką zaoferował Wykonawca MPTechnology.

Odwołujący podkreśla, że powyższe zestawienie nie uwzględnia zysku wykonawcy. Wykonawca MPTechnology nie jest organizacją „non profit”, zatem należy zakładać, że w zestawieniu uwzględniony powinien być również zysk. Nakładane marże to oczywiście kwestia indywidualna każdego z Wykonawców, niemniej jednak praktyka w tym zakresie wskazuje, że przy zamówieniach tego rodzaju marża ok 5% - 8% wartości oferty, co oznacza, że wynikająca z zestawienia Odwołującego wartość 3.300.090,00 zł brutto powinna być odpowiednio podwyższona. Odwołujący nie czyni tego jednak w zestawieniu, ponieważ kwestia marży to indywidualna sprawa każdego wykonawcy, natomiast zestawienie ma za zadanie przybliżyć Izbie obiektywnie niezbędne koszty realizacji zamówienia.

Należy również zwrócić uwagę, że w składanej ofercie Wykonawca MPTechnology zaoferował gwarancję na oferowany przedmiot zamówienia na okres aż 60 miesięcy, co niewątpliwie istotnie wpłynąć powinno na cenę oferty. Wskazać również należy, że Wykonawca MPTechnology nie posiada doświadczenia zdobytego przy realizacji podobnych zamówień, co ewentualnie mogłoby dawać przewagę konkurencyjną nad innymi Wykonawcami. Pozostali trzej Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu zaoferowali ceny znacznie wyższe od Wykonawcy MPTechnology, które to ceny są realne w stosunku do przedmiotu zamówienia, który należy wykonać.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę MPTechnology w przedmiotowym postępowaniu powinna przynajmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, który na podstawie tych wątpliwości winien wystosować do Wykonawcy MPTechnology wezwanie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie dla zarzutów odnoszących się do Wykonawcy COMP:

I Niespełnianie przez COMP warunków udziału w postępowaniu,
brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – nieprawidłowe zamówienia wskazane wykazie głównych dostaw:

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia – poniżej Odwołujący przytacza aktualną na termin składania ofert treść warunku, ustaloną przez Zamawiającego ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dnia 20.03.2015r.:

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 160 sztuk tablic w maksymalnie 2 zamówieniach na ogólną kwotę minimum 5 000 000 PLN brutto.

W odpowiedzi na opis warunku udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego (przycaczany powyżej), Wykonawca COMP złożył wraz z ofertą wykaz głównych dostaw, w którym wskazano dwa zamówienia (opis zamówień pochodzi z wykazu głównych dostaw złożonego przez Wykonawcę COMP):

„Pozycja 1 – Projekt FUTAR dla BKK Budapeszt – obejmujący swym zakresem dostawę i instalację co najmniej 160 sztuk tablic;

Pozycja 2 – Projekt dla MVG (Mainzer Verkehrsgesellschaft mbH) – obejmujący zakresem dostawę i instalację co najmniej 80 sztuk tablic.”

Wykonawca COMP (jak można domniemywać) nie uwzględnił składając ofertę, dokonanej przez Zamawiającego zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu, który przed modyfikacją brzmiał następująco:

„III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego: Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwa zamówienia na dostawę i instalację co najmniej 80 sztuk tablic i o wartości co najmniej 2 500 000 PLN każde z zamówień.”

Wykonawca COMP złożył wykaz głównych dostaw, z którego wynika, że zrealizowane zamówienia obejmowały **dostawę i instalację tablic**, a nie polegały na **wykonaniu tablic**, czego wymagał Zamawiający po modyfikacji brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Wykonawca COMP spełnia warunki udziału w postępowaniu i że wykazał ich spełnianie, ponieważ zamówienia, które wskazał Wykonawca COMP nie obejmowały wykonania tablic. Z ostrożność tylko podnieść należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Wykonawcy COMP dotyczących tego, czy wykazane w wykazie głównych dostaw zamówienia obejmowały wykonanie tablic, czy tylko ich dostawę i instalację. Informacja taka nie wynika, ani z wykazu głównych dostaw, ani z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówień.

Niezależnie od powyższego zarzutu, Odwołujący kwestionuje w niniejszym odwołaniu prawidłowość dokumentu złożonego przez Wykonawcę COMP na potwierdzenie, że zamówienie z pozycji 1 wykazu zostało wykonane należycie (kwestionowane dokumenty znajdują się na stronach 22-25 oferty Wykonawcy COMP). W celu potwierdzenia, że zamówienie z pozycji 1 wykazu głównych dostaw zostało wykonane należycie, Wykonawca COMP złożył certyfikat, z którego wynika, że wykonawca zamówienia, tj. IVU Traffic Technologies „podjął się wdrożenia”. Ze złożonego dokumentu nie wynika, ani że zamówienie zostało wykonane w całości, ani, że zostało wykonane należycie. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Wykonawca COMP spełnia warunki udziału w postępowaniu i że wykazał prawidłowo ich spełnianie.

II Niespełnianie przez Wykonawcę COMP warunków udziału w postępowaniu, brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – fikcyjne udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci:

Niezależnie od zarzutu z pkt I, Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie był uprawniony do uznania, że zasoby wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG zostały skutecznie udostępnione. Z oferty złożonej przez Wykonawcę COMP nie wynika, że osoby, które podpisały oświadczenie znajdujące się na stronie 28 oferty Wykonawcy COMP są umocowane do składania w imieniu IVU Traffic Technologies AG oświadczeń na podstawie, których oddaje się do dyspozycji zasoby innemu podmiotowi. Brak w ofercie Wykonawcy COMP jakiegokolwiek dokumentu, który dawałby Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że Panowie Martin Muller-Elschner i Matthias Rust są uprawnieni do reprezentowania w tym zakresie podmiotu IVU Traffic Technologies.

Odwołujący (niezależnie od zarzutów z punktu I oraz niezależnie od zarzutu sformułowanego w poprzednim akapicie niniejszego punktu) stawia zarzut, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci IVU Traffic Technologies AG ma charakter fikcyjny, ze względu na fakt, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Brak udziału IVU Traffic Technologies w realizacji zamówienia wyraźnie wynika ze złożonego oświadczenia (strona 28 oferty Wykonawcy COMP).

Przekazywanie wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG na rzecz COMP ma odbywać się za pośrednictwem wyłącznie konsultacji, bez jakiegokolwiek udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Z wypracowanej praktyki stosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za skuteczne musi być realne, a ciężar wykazania realności udostępnienia zasobów ciąży na wykonawcy, który z udostępnianych zasobów chce skorzystać. Udostępnienie zasobów nie może polegać na przekazaniu wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego dokumentów wyłącznie w celu wykazania zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie kwestia braku udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasobu jest o tyle istotna, że Wykonawca COMP samodzielnie nie posiada żadnego doświadczenia potrzebnego do należytego wykonania zamówienia – Wykonawca ten wykazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dwie realizacje i obie są realizacjami podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji Zamawiający winien szczególnie dokładnie zbadać kwestię realności udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci.

Odwołujący uważa, że na gruncie przedmiotowego postępowania transferowanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego poprzez konsultacje (nie mające charakteru udziału w realizacji zamówienia) jest zdecydowanie niewystarczające, aby można było uznać, że Wykonawca COMP będzie miał realny dostęp do wiedzy i doświadczenia IVU Traffic Technologies AG w zakresie pozwalającym na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia nie jest prosta dostawa 105 tablic informacji pasażerskiej na rzecz Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ w szczególności podłączenie zasilania tablic do przyłączy elektrycznych, posadowienie fundamentów pod tablice, montaż słupów podtrzymujących tablice, montaż dostarczonych tablic, instalację w tablicach odpowiedniego oprogramowania, pozwalającego na komunikację z dotychczas funkcjonującymi u Zamawiającego tablicami i systemem. Przedmiot zamówienia obejmuje zatem w szczególności roboty budowlane (poprzedzone wykonaniem prac projektowych) w bardzo specyficznej dziedzinie, które nie są zakresem marginalnym, ale stanowią znaczną część koniecznych do wykonania prac przy realizacji zamówienia. Niezależnie od tego do wykonania są specjalistyczne prace instalacyjne (montaż, podłączenia tablic) oraz integracyjne, ponieważ tablice oraz ich oprogramowanie muszą współdziałać z Systemem tablic informatycznych e-rozkładów rozkładów jazdy uruchamianym przez Zamawiającego w ramach podstawowego zamówienia dotyczącego realizacji umowy na Zaprojektowanie, dostawę, instalację dodatkowych elementów e-biletu działającego w ramach Systemu pn.: „Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi”.

Wykonanie zamówienia wymaga zatem realnego dostępu do wiedzy i doświadczenia podmiotu, który w przeszłości wykonywał zamówienia podobnego rodzaju. Z uwagi na przedmiot zamówienia zatem, przekazanie wiedzy i doświadczenia nie może w ocenie Odwołującego oprzeć się wyłącznie na konsultacjach. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Odwołujący nie jest w stanie nawet wyobrazić sobie jak miałyby przebiegać realizacja przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę COMP, czerpiącego wiedzę i doświadczenie z konsultacji udzielanych przez IVU Traffic Technologies AG, która nie będzie brała udziału w realizacji

zamówienia. W ocenie Odwołującego zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Wykonawca COMP spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazał ich spełnianie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający winien raczej wykluczyć z postępowania Wykonawcę COMP i odrzucić jego ofertę, niż klasyfikować ją w rankingu złożonych ofert przed ofertą Odwołującego.

Konieczność realnego udostępnienia zasobów została wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – przykładowo wyrok z dnia 7 sierpnia 2014r, odnoszący się również do innych orzeczeń KIO, w tej problematyce:

„Kwestią fundamentalną pozostaje to, że na gruncie art. 26 ust. 2b P.z.p., udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie powinno być realne. Korzystanie z możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów nie może służyć jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pozostaje to w sprzeczności z celem tego przepisu. Dysponowanie niezbędnymi zasobami, w rozumieniu art. 26 ust. 2b P.z.p., nie dotyczy wyczerpania stanu formalnego, tj. wykazania, że wykonawca otrzymał od podmiotu trzeciego stosowne referencje potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu [odpowiednie zastosowanie do oferty – przyp. Odwołującego], ale dotyczy posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Przyjęcie praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów postępowania, a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizacje zamówienia powierzaloby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji (por. wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2885/13 oraz wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2866/13).”

W cytowanym wyroku Izba zwróciła również uwagę na istotną okoliczność, że

„nie tylko podwykonawstwo może być uznawane za uczestnictwo w realizacji zamówienia, a w przypadku skomplikowanego przedmiotu zamówienia, przykładowo w odniesieniu do robót budowlanych (takich jak te stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia), ze względu na ich złożony charakter, obszerny zakres prac, w tym niezbędne do wykonania skomplikowane procesy technologiczne (...) - nawet doradztwo i konsultacje mogą zostać uznane, za formę czynnego udziału mającą bezpośredni wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, należało w całości podzielić argumentację, że z uwagi na przedmiot zamówienia i jego charakter nie można przyjąć, by nawet forma doradztwa i konsultacji nie miała bezpośrednio wpływu na

realizację zamówienia, a tym samym niezależnie od tego, czy podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział bezpośrednio, czy też poprzez doradztwo i konsultacje to będzie miał on bezpośredni wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym na realizację zamówienia.”

Należy zatem uznać, że nawet przy przyjęciu, że forma transferowania wiedzy i doświadczenia w postaci konsultacji jest wystarczająca w przedmiotowej sprawie (z czym Odwołujący się nie zgadza), to Zamawiający winien przyjąć, że konsultacje udzielane przez podmiot trzeci sprawią, że będzie on miał bezpośredni wpływ na wykonywanie przedmiotu zamówienia, a tym samym na realizację zamówienia. Oświadczenie więc o udostępnieniu zasobów jest również z tego względu wadliwe, że określa wprost, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że każde orzeczenie KIO zapada z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego, niemniej jednak stopień skomplikowania przedmiotowego zamówienia usprawiedliwia w ocenie Odwołującego odpowiednie odniesienie zapadłego orzeczenia do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

W ocenie Odwołującego całokształt okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu dla tego zarzutu, potwierdza, że udostępnienie zasobów ma charakter wyłącznie fikcyjny, dokonany po to, aby Wykonawca COMP mógł formalnie wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo wskazanie w oświadczeniu, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia zostało dokonane z tego tylko względu, aby nie było konieczności dołączania do oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu trzeciego.

III Zaniechanie wezwania do uzupełnień złożonej oferty:

Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Zamawiający nie zastosował tego przepisu, pomimo iż oferta Wykonawcy COMP zawiera braki i wadliwe dokumenty, które powinny stanowić przeszkodę do sklasyfikowania oferty tego Wykonawcy na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że:

1. Dokument mający potwierdzać należyte wykonanie zamówienia z pozycji 1 wykazu głównych dostaw, jest dokumentem nieprawidłowym, nie może zostać uznany za poświadczenie w rozumieniu §1 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów; dokument ten nie zawiera informacji o wykonaniu całego zamówienia i należytej jego realizacji. Dokument może służyć jako potwierdzenie, że IVU Traffic Technologies AG podjęła się realizacji projektu, ale nie jako potwierdzenie, że projekt został wykonany

- należyście, wobec czego Wykonawca COMP powinien zostać wezwany do uzupełnienia prawidłowego dokumentu;
2. Dokument oświadczenia o udostępnieniu zasobów (strona 28 oferty Wykonawcy COMP) został podpisany przez osoby, których umocowanie do działania w imieniu IVU Traffic Technologies AG nie wynika ze złożonej oferty. Zamawiający powinien zatem zażądać od Wykonawcy COMP dokumentów, z których wynikało będzie stosowne umocowanie – tj. odpis z właściwego rejestru i/lub pełnomocnictwo;
 3. Niezależnie od zarzutu z pkt 2 powyżej, w ocenie Odwołującego, udostępnienie zasobów przez podmiot IVU Traffic Technologies AG jest fikcyjne. W związku z powyższym Zamawiający winien zażądać od Wykonawcy COMP, w celu rzetelnej oceny, czy Wykonawca COMP będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę COMP z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów dokumentów dotyczących zakresu dostępnych Wykonawcy COMP zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę COMP z podmiotem udostępniającym zasoby, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Dokumenty złożone przez Wykonawcę COMP powinny wykazywać w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że udostępnienie zasobów przez IVU Traffic Technologies AG ma charakter realny. Z dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Wykonawcę COMP realność udostępnienia zasobów nie wynika.
 4. W ofercie Wykonawcy COMP brakuje dokumentów potwierdzających, że w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby brak jest podstaw do wykluczenia. Zgodnie z uzasadnieniem Odwołującego dla zarzutu fikcyjnego udostępnienia zasobów, nawet gdyby uznać, że transferowanie wiedzy i doświadczenia przy pomocy konsultacji jest możliwe, Wykonawca COMP powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby.
 5. Niezależnie od zarzutu z pkt 1, w ocenie Odwołującego złożony przez Wykonawcę COMP wykaz głównych dostaw i dokumenty mające potwierdzać ich należyte wykonanie nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu sformułowanym przez Zamawiającego ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dnia 20.03.2015r. W związku z tym Zamawiający powinien zażądać od Wykonawcy COMP złożenia nowego wykazu głównych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, tak aby złożone dokumenty potwierdzały spełnienie przez Wykonawcę COMP warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z ich brzmieniem

sformułowanym przez Zamawiającego, w modyfikacji, której dokonał w dniu 20.03.2015r.

Zamawiający winien zatem wezwać Wykonawcę COMP do uzupełnienia prawidłowych dokumentów, o których mowa w pkt. 1-5 powyżej, a w przypadku braku uzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów niekompletnych/nieprawidłowych podjąć decyzję o wykluczeniu Wykonawcy COMP z prowadzonego postępowania.

W związku z powyższymi zarzutami, należy uznać, że Zamawiający nierzetelnie zweryfikował oferty złożone przez Wykonawców MPTechnology i COMP i dopuścił się naruszeń przepisów ustawy Pzp i Rozporządzenia w sprawie dokumentów, o których mowa w treści odwołania.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego, pierwszeństwo stosowania mają zatem przepisy ustawy Pzp. Konieczne jest podkreślenie, że przepisy Kodeksu cywilnego są wprost stosowane na gruncie zamówień publicznych. Taki zabieg legislacyjny podkreśla ścisły związek systemu zamówień publicznych z prawem cywilnym. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla Zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ k.c. jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia, jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2011r., sygnatura KIO 1513/11). Z Kodeksu cywilnego przejęto zatem ścisłe związanie ustalonymi wcześniej warunkami przetargu, samo natomiast postępowanie uczestników w ramach przetargu jest modyfikowane przepisami szczególnymi ustawy Pzp. Wykonawca, składając ofertę, godzi się na udział w postępowaniu o zamówienie publiczne na warunkach określonych przez Zamawiającego, ale nie tylko Wykonawca jest związany ustalonymi warunkami, do ich przestrzegania zobowiązany jest również, a być może przede wszystkim Zamawiający. Zamawiający nie może zatem w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu stawiać wymagań, których nie

egzekwuje przy weryfikowaniu ofert złożonych przez Wykonawców. Taka sytuacja jednak miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do Wykonawców MPTechnology i COMP. Od żadnego z tych Wykonawców, Zamawiający nie egzekwował wymagań, które postawił w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, tj. nie zweryfikował tych Wykonawców pod kątem podmiotowym w zakresie wskazywanym w poszczególnych zarzutach odwołania. Powyższe wskazuje, że również postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 14 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 70¹ §4 Kodeksu cywilnego jest zasadny.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem dla podnoszonych zarzutów, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
2. Dowód przekazania koplł nlniejszego odwołania Zamawiającemu;
3. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;

Z poważaniem

WICEPREZES ZARZĄDU

Andrzej Rymasz