

Sygn. akt: KIO 1938/11

WYROK
z dnia 20 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Marek Koleśnikow Sylwester Kuchnio
Protokolant:	Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 września 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2011 r. przez **Odwołującego** - Agrex-Eco Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych "Stary Las" Sp. z o. o., ul. Paderewskiego 6, 83-200 Starogard Gdański, przy udziale **Wykonawcy** - Arcon Serwis Sp. z o.o., ul. Baletowa 14, 02-867 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Agrex-Eco Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Agrex-Eco Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - Agrex-Eco Sp. z o.o., ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych "Stary Las" Sp. z o. o., ul. Paderewskiego 6, 83-200 Starogard Gdański, kwotę **4.113 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzynaście złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Stary Las Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 6 83-200 Starogard Gdański, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie na: Dostawę maszyn i urządzeń do Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 90-146735 w dniu 11 maja 2011 r. Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego www.starylas.pl w dniu 11 maja 2011 r.

Zamówienie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego i zostało podzielone na 8 części. Odwołanie dotyczy części 4 - dostawa maszyn do obsługi kompostowni, oraz części 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych

Odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty w w/w zakresie, wniósł wykonawca Agrex - Eco Sp. z o.o. 02-844 Warszawa ul. Puławska 469, zwany dalej „odwołującym”. Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- art. 7 ustawy Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Arcon Serwis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- ewentualnie - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Arcon Serwis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dot. podmiotów - Doppstadt Calbe GmbH z siedzibą w Calbe, Niemcy oraz BACKHUS GmbH z siedzibą w Edewecht, Niemcy, potwierdzających, iż podmioty te nie podlegają wykluczeniu z postępowania z powodu okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;
- art. 8 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie informacji zawartych w ofercie Wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazu doświadczenia, referencji oraz zobowiązań podmiotów trzecich o oddaniu wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arcon Serwis Sp. z o.o. na zamówienie częściowe Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów

wielkogabarytowych, pomimo iż jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Zarzucając zamawiającemu powyższe uchybienia, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zamówienia częściowe Partia 4 - dostawa maszyn do obsługi kompostowni i Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia Arcon Serwis Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
- 4) ewentualnie - wezwania Arcon Serwis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dot. innych podmiotów - Doppstadt Calbe GmbH z siedzibą w Calbe, Niemcy oraz BACKHUS GmbH z siedzibą w Edeweht, Niemcy, potwierdzających, iż podmioty te nie podlegają wykluczeniu z postępowania z powodu okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) ujawnienia informacji zawartych w ofercie Wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 6) odrzucenia oferty Arcon Serwis Sp. z o.o. na zamówienie częściowe Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 7) uznania, iż najkorzystniejszą ofertę na zamówienia częściowe Partia 4 - dostawa maszyn do obsługi kompostowni i Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych którą w przedmiotowym postępowaniu złożył odwołujący.

Odwołujący wnosząc odwołanie stwierdził, że w jego ocenie wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o. podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na zamówienia częściowe: Partia 4 i Partia 5 ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty trzecie, na których doświadczeniu w przedmiotowym postępowaniu polega, a które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Ponadto stwierdził, że treść oferty wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. na zamówienie częściowe Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych nie odpowiada treści specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powołał się na postanowienie ust. 9 pkt 2 IDW gdzie zamawiający wskazał, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Nadto w nawiązaniu do w/w, w pkt. 10 ppkt 2 IDW zamawiający żądał od wykonawcy, który wykazując spełnianie warunków, o

których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b tej ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 10.1.1.2) - 10.1.1.7) 1DW, tj. dokumentów potwierdzających, iż brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o., w celu wykazania spełniania warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wymaganych dla zamówień częściowych Partia 4 - dostawa maszyn do obsługi kompostowni i Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych, posłużył się zasobami podmiotów trzecich:

- BACKHUS GmbH z siedzibą w Edeweht, Niemcy - w zakresie dostawy przetrucarki - zamówienie częściowe, część- 4;
- Doppstadt Calbe GmbH z siedzibą w Calbe, Niemcy - w zakresie dostawy rozdrabniarki - zamówienie częściowe, część – 5

Wskazał, że w złożonych oświadczeniach wykonawca Arcon oświadczył, że podmioty na których zasoby się powołuje będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na zasadzie doradztwa i konsultacji. Skoro zatem w/w podmioty trzecie, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, to ten wykonawca winien był złożyć wraz z ofertą dokumenty wymagane przez zamawiającego w ust. 10 pkt.4 w zw. z ust. 10.1.1.2)-10.1.1.7) IDW.

Ponadto wskazał na jego zdaniem przy powoływaniu się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie jest możliwe udostępnienie wiedzy czy doświadczenia przez podmiot trzeci bez osobistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji danego zamówienia. W tym zakresie przywołał opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych oraz tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej gdzie wskazał między innymi, że *„nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia”*.

Powołał się na specyfikę przedmiotowego zamówienia, z którego wynika, że przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje nie tylko dostawę, ale również instalację i uruchomienie dostaw, szkolenie personelu zamawiającego, serwis gwarancyjny i serwis posprzedażny w okresie gwarancyjnym. Przedmiotem zamówienia nie jest więc czynność jednorazowa – dostawa- potocznie rozumiana jako dostarczenie maszyny, ale także cały kompleks usług z tym związanych.

W takiej sytuacji jego zdaniem konieczne jest złożenie wraz z udostępnieniem zasobów przez podmioty trzecie wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie przez te podmioty warunków udziału w postępowaniu. Podniósł również, że w sytuacji kiedy

wykonawca nie złożył stosownych dokumentów których zamawiający wymagał zgodnie z postanowieniami siwz, to z uwagi na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający winien był wezwać wykonawcę Arcon-Serwis Sp. z o.o. do uzupełnienia wyżej opisanych dokumentów w wyznaczonym terminie, a w przypadku ich nieuzupełnienia, dokonać wykluczenia Wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania.

W zakresie zarzutu drugiego, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie informacji zawartych w ofercie wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o., a niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odnosiło się to do faktu utajnienia przez wykonawcę wykazu doświadczenia, referencji oraz zobowiązań podmiotów trzecich o oddaniu wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Stwierdził, że w stanie faktycznym sprawy niespełnione zostały przesłanki, dla których zasadne byłoby utajnienie powyższych dokumentów.

W zakresie zarzutu trzeciego odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla zamówienie częściowego, część - 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych, pomimo iż zachodziły przesłanki odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z siwz. Wskazał, że zamawiający w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców dopuścił dwa sposoby zabezpieczeń przeciążeniowych w układzie przeniesienia napędu, tj. hydrauliczne i hydrokinetyczne. Ale jednocześnie zamawiający nie zrezygnował z pierwotnie postawionego w siwz wymogu dotyczącego napędu wału roboczego, który zgodnie z siwz miał być „hydrostatyczny z regulacją mocy”. Wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o. nie zaoferował napędu hydrostatycznego z regulacją mocy, który jest jednym z wymaganych przez zamawiającego parametrów - oferowana przez tego wykonawcę maszyna miała bowiem napęd mechaniczny. Wobec powyższego, oferta wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. na zamówienie częściowe Partia 5 - dostawa rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią siwz.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Arcon Serwis Sp. z o.o. W przystąpieniu stwierdził, że odwołanie jest niezasadne, gdyż zarzut pierwszy odwołujący oparł na przekłamaniu treści oświadczenia zawartego w ofercie, sugerując, że podmioty trzecie na których potencjale przystępujący oparł spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. Ponadto sugerowanie w zakresie części 5 zamówienia - niezgodności treści oferty z treścią siwz, jest wynikiem nieznamomości produktów oferowanych przez przystępującego oraz niezrozumienia siwz.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, odnosząc się do zarzutu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdził, iż podmioty udostępniające swoje zasoby nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Z dokumentów przedłożonych przez Arcon Serwis sp. z o.o. wynika w jaki sposób zamawiający będzie mógł polegać na doświadczeniu i wiedzy podmiotów trzecich. Poleganie to będzie odbywało się na zasadzie doradztwa i konsultacji, a te formy nie stanowią udziału w realizacji zamówienia i w konsekwencji wykonawca powołując się na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów w takiej sytuacji nie ma obowiązku przedstawiać dokumentów dotyczących spełniania przez nie warunków udziału w postępowaniu.

Podniósł, że nie znajduje również uzasadnienia argumentacja odwołującego, dotycząca konieczności uczestnictwa podmiotu trzeciego w szkoleniu, instalacji i uruchomieniu, a także w świadczeniu usług gwarancyjnych. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów należy, jego zdaniem, interpretować w kontekście postawionych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie stawiał warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia innych niż wykazanie się dostawą. Wskazał również za orzecznictwem KIO, że brak udziału danego podmiotu jako podwykonawcy nie przesądza o niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

Odnosząc się do zarzutu drugiego dotyczącego nieujawnienie informacji zawartych w ofercie wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o., a niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazu doświadczenia, referencji oraz zobowiązań podmiotów trzecich o oddaniu wykonawcy zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, to zarzut ten został jego zdaniem zgłoszony z uchybieniem terminu. Zarzucił iż zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt. 1 pzp odwołanie, przy zamówieniach o wartości powyżej progów unijnych, wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informację o tym jakie dokumenty w ofercie wykonawcy Arcon stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jak to zastrzeżenie ocenił zamawiający, odwołujący powziął w dniu 14 lipca 2011r. W tym dniu bowiem zapoznał się on z treścią oferty wybranego wykonawcy. Skoro zamawiający nie udostępnił odwołującemu informacji zastrzeżonych w ofercie Arcon Serwis sp. z o.o. to tym samym należało przyjąć, że uznał je za skutecznie zastrzeżone. Dlatego też od tego dnia należało liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania dotyczącego zaniechania ujawnienia oferty Arcon Serwis.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego dotyczącego niezgodności oferowanego w części piątej zamówienia urzędnika z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający w swoim stanowisku poprzestał na stwierdzeniu, że oferowane przez Arcon Serwis sp. z o.o.

urządzenie spełnia wszystkie wymagania, określone w siwz i jego modyfikacjach, a co za tym idzie oferta Arcon Serwis sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania, jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Odwołujący zgłosił trzy zarzuty których przedmiotem jest 1) naruszenie- zdaniem odwołującego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Arcon Serwis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarzut ten jest związany z kwestią powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, 2) art. 8 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie części informacji zawartych w ofercie wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o. oraz 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arcon Serwis Sp. z o.o. w zamówieniu- części 5.

Odnosząc się do treści pierwszego zarzutu, na wstępie Izba wskazuje, że wybrany wykonawca tut. Przystępujący, nie spełniał samodzielnie postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Dlatego też przystępujący posłużył się w tym zakresie zasobami podmiotów trzecich. Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, oparł się- jak twierdził, na treści opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych z której ma wynikać ,że wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, w zakresie wiedzy i doświadczenia, winien wykazać, że podmiot udostępniający zasoby zawsze winien brać udział w wykonywaniu zamówienia. Udostępniające swoje zasoby podmioty w oświadczeniach wskazały, że ich udział w realizacji zamówienia ogranicza się do doradztwa i konsultacji.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest

udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym zakresie pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z reguły niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powyższe nie wynika jednak z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem. Doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Uczestnictwo to może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, udostępnianie know-how, nadzór, itp.), np. wyrok KIO 1562/11.

Istotą sporu dotyczącego tego zarzutu jest stanowisko odwołującego który uważa, że w przypadku tego zamówienia należy uznać, że podmiot udzielający swoich zasobów winien uczestniczyć w realizacji zamówienia i tym samym zgodnie z pkt.10 p.pkt. 2 Instrukcji dla Wykonawców winien był złożyć wraz z ofertą dokumenty wymagane przez zamawiającego, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Wskazać należy, że według przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) to jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, to zamawiający może żądać od takiego wykonawcy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 (dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy).

Zdaniem Izby prawidłowość złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobów należy oceniać w odniesieniu do treści postawionych warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu w zakresie objętym odwołaniem, zamawiający postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia tylko w zakresie dostawy maszyn do obsługi kompostowni i dostawy rozdrabniarki do odpadów wielkogabarytowych. Nie postawił takiego warunku w zakresie co do ich montażu i uruchomienia, szkolenia personelu, serwisu gwarancyjnego itd. W złożonym oświadczeniu o udostępnieniu, udzielający swoich zasobów stwierdzili, że nie będą brali udziału w realizacji zamówienia poza udzielaniem konsultacji i

doradztwem. Także wykonawca Arcon-Serwis nie wykazał w złożonym oświadczeniu że podmioty udostępniające zasobów będą brały udział w realizacji zamówienia.

Taką sytuację przewidział sam ustawodawca w wyżej powoływanym rozporządzeniu, wymagając przedłożenie dokumentów przez podmiot udostępniający swoich zasobów, jedynie w stosunku do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. W takiej sytuacji należy przyjąć, iż ustawodawca dopuścił również sytuację udostępnianie potencjału bez brania udziału w realizacji zamówienia. Inaczej, gdyby w każdym przypadku podmioty udostępniające swój potencjał musiałyby brać udział w realizacji zamówienia, to wskazana przesłanka brania udziału w realizacji części zamówienia, w redakcji ww. przepisu rozporządzenia, byłaby zbędna.

W tej sytuacji zdaniem Izby zasadne jest twierdzenie zamawiającego, że wystarczające dla niego jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w zakresie dostawy maszyn, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Natomiast rolą drugorzędną była dla niego kwestia czy uruchomienia maszyn i szkolenia personelu obsługi, dokona podmiot udzielający zasobów, czy zrobią to pracownicy wykonawcy, np. przeszkoleni przez producenta tych maszyn. Dlatego też w tym zakresie nie stawiał związanych z tym warunków udziału w postępowaniu. Ponadto stwierdził, że wybrany wykonawca w sposób wystarczający wykazał, iż jest w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła w oparciu o konkretne zapisy postanowień siwz, że w niniejszym postępowaniu nie zachodziła, konieczność uczestnictwa podmiotów udzielających swoich zasobów w realizacji zamówienia i tym samym nie zachodziła podstawa do składania dokumentów potwierdzających spełnianie przez te podmioty warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zdaniem Izby, podniesiony zarzut nie może zostać uwzględniony.

W zakresie drugiego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 8 ustawy Pzp, poprzez nieujawnienie informacji zawartych w ofercie wykonawcy Arcon Serwis Sp. z o.o., a niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający podniósł, że zarzut ten został zgłoszony z uchybieniem terminu i tym samym nie powinien podlegać rozpoznaniu na obecnym etapie postępowania.

Odwołujący nie ustosunkował się do podniesionego zarzutu zamawiającego, pozostawiając sprawę do uznania Izby.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Informację o tym że niektóre dokumenty w ofercie wykonawcy Arcon Serwis, zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołujący powziął w dniu 14 lipca 2011r, gdyż w

tym dniu zapoznał się z treścią oferty wybranego wykonawcy. Nadto odwołujący nie składał do zamawiającego wniosku o odtajnienie zastrzeżonych w ofercie przystępującego informacji. Biorąc to pod uwagę w/w przepis ustawy, a także opierając się na linii orzeczniczej KIO w tym zakresie / np. wyrok KIO 1512/11, KIO 1195/11/ Izba stwierdza, że termin do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu podjęcia przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Jeśli strona nie wniosła o odtajnienie treści złożonych dokumentów to termin na wniesienie odwołania biegnie daty kiedy wykonawca mógł powziąć informację o utajnieniu treści dokumentów przy zachowaniu należytej staranności. Takim terminem w przedmiotowej sprawie był termin biegnący od 15 lipca 2011 roku.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że podniesienie zarzutu po upływie terminu na jego wniesienie, czyni go bezskutecznym i nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego zarzucanej niezgodności treści oferty z treścią siwz, w zakresie parametrów rozdrabniarki opisanej w części 5 zamówienia, zamawiający stwierdził, że oferowane przez Arcon Serwis sp. z o.o. urządzenie spełniało wszystkie wymagania określone w siwz i jego modyfikacjach, a co za idzie oferta Arcon Serwis sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu. Kwestią sporną w sprawie jest napęd rozdrabniarki, który w siwz opisano iż ma spełniać następujące wymogi:

- posiadać silnik wysokoprężny, chłodzony cieczą, o mocy minimum 150 kW, z układem sterowniczym chroniącym przed przeciążeniem
- Hydrostatyczny z regulacją mocy
- Elektryczny rozrusznik
- Norma emisji spalin UE Stage IIIB
- Gwarancja rozruchu przy temperaturze - 25 st. C".

Zdaniem odwołującego tak opisany napęd, oprócz silnika wysokoprężnego winien posiadać również napęd hydrostatyczny z regulacją mocy. Zamawiający wskazał, że takie dokonanie opisu napędu, dopuszcza zastosowanie dwóch rodzajów napędu tzn. jeden mechaniczny, a drugi hydrostatyczny, a ponadto stwierdził, że opisu tego warunku dokonano przy użyciu niezbyt poprawnie językowo sformułowanych określeń. Odwołujący twierdził, że nie może być mowy o dwóch napędach, a zamawiający w dokonanych wyjaśnieniach do siwz dopuścił tylko dwa sposoby zabezpieczeń przeciążeniowych w układzie przeniesienia napędu: hydrauliczne i hydrokinetyczne.

Na poparcie swoich twierdzeń zarówno odwołujący jak i przystępujący przedłożyli dowody mające wskazywać zasadność prezentowanych przez nich stanowisk. Oceniając złożone dokumenty i prezentowane stanowiska stron i przystępującego, Izba wskazuje „za Wikipedią że napęd hydrostatyczny polega na zastosowaniu pompy hydraulicznej napędzanej przez

silnik spalinowy i połączonej przez przewody hydrauliczne z silnikami hydrostatycznymi. Silniki hydrostatyczne przetwarzają dostarczoną energię hydrauliczną ponownie w energię mechaniczną przy pomocy której napędzane są różne elementy danego urządzenia. Odnosząc się do powyższego opisu należy stwierdzić, że stanowisko zamawiającego aby z przedstawionego opisu można było wywieść możliwość wystąpienia dwóch samodzielnych napędów jest niezasadne. Zawsze tym początkowym elementem napędu, pierwotnym źródłem mocy i energii mechanicznej jest silnik spalinowy bądź elektryczny, którego moment obrotowy może być przenoszony bezpośrednio za pomocą sprzęgła do elementów napędzanych, bądź może to następować jeszcze za pośrednictwem układu hydraulicznego, a w tym przypadku jednego z jego rodzajów – napędu hydrostatycznego. Dlatego też w tym zakresie Izba przyznaje rację stanowisku zamawiającego iż w tak opisanym warunku może być mowa tylko o jednym napędzie, a nie dwóch oddzielnych.

Jednakże przy rozstrzygnięciu tego zarzutu zdaniem Izby należało wziąć pod uwagę dwie inne okoliczności które przesądziły o nieuwzględnieniu tego zarzutu. Otóż po pierwsze przystępujący, na rozprawie stwierdził, że zaoferowane przez niego urządzenie posiadało napęd który również zawierał elementy napędu hydrostatycznego. Na pytanie w tym zakresie skierowane do zamawiającego, ten oświadczył, że jego zdaniem oferowana przez przystępującego rozdrabniarka posiada tylko napęd mechaniczny, a wiedzę w tym zakresie czerpie z ogólnodostępnej informacji o tym produkcie, a nie z oceny zaoferowanej przez przystępującego konkretnej rozdrabniarki.

Dlatego też Izba stwierdza, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że twierdzenie przystępującego iż w zaoferowanej przez niego rozdrabniarce nie ma elementów napędu hydrostatycznego, nie polega na prawdzie. Tym samym stawianego zarzutu nie udowodnił. Nadto Izba wskazuje, że analiza dowodu złożonego przez przystępującego w postaci opisu układów napędowych rozdrabniacza, którego to model zaoferował przystępujący w ofercie, potwierdza zastosowanie w rozdrabniarce układu napędu hydrostatycznego.

Ponadto decydującą w zakresie oceny tego zarzutu jest druga kwestia dotycząca modyfikacji postanowień siwz w przedmiotowym zakresie. Otóż w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące napędu do rozdrabniarki o treści, cyt: *„Czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozdrabniarki z napadem: Silnik wysokoprężny, chodzony ciecżą, moc minimum 150 kW, z układem sterowniczym chroniącym przed przeciążeniem, z zabezpieczeniem hydrokinetycznym z regulacją mocy. Elektryczny rozrusznik Norma emisji spalin UE STAGE IIIB Gwarancja rozruchu przy temperaturze -25 st. C”*

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„**Tak.** Zamawiający dopuszcza również zabezpieczenie hydrokinetyczne”*. Tak więc wykonawca zaproponował w rozwiązaniu polegające na modyfikacji napędu w taki sposób iż zaproponował rezygnację z napędu

„hydrostatycznego z regulacją mocy” i dodania w to miejsce zabezpieczenia hydrokinetycznego z regulacją mocy.

Zamawiający w wyjaśnieniu nr 11 z dnia 23maja 2011 roku wyraził zgodę na oba proponowane rozwiązania. Odnosząc się do tak dokonanej zmiany siwz, Izba w ślad za komentarzem do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod red. St. Babiarsza str. 276 podaje, że „ wyjaśnienia udzielane wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytania, w zakresie odnoszącym się do treści siwz, stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców. Stanowią też rodzaj zmiany siwz, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego jego zmodyfikowania”. Tym samym wykonawcy, który oferuje przedmiot zamówienia zgodny z treścią odpowiedzi- wyjaśnień zamawiającego do siwz, nie można zarzucić niezgodności treści jego oferty z treścią siwz. Nadto Izba wskazuje, że wykonawca który nie godzi się z treścią odpowiedzi na pytanie, udzielonej przez zamawiającego, może w tym zakresie skorzystać z środka ochrony prawnej – odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, czego odwołujący nie uczynił. Oceniając zapis postanowień siwz i odpowiedzi na pytanie wykonawcy, zdaniem Izby należy stwierdzić, że zamawiający w tej sytuacji dopuścił zarówno napęd mechaniczny jak i napęd zawierający w sobie dodatkowo napęd hydrostatyczny.

Tym samym postawiony zarzut nie może zdaniem Izby zostać uwzględniony. Nadto należy wskazać, że wszelkie nieścisłości czy brak precyzji w postanowieniach siwz nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na ich korzyść.

Tym samym Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Tylko „istotność wpływu” naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia, daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania. Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na postępowanie o zamówienie Izba ocenia w każdym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

Członkowie

.....