

Sygn. akt: KIO 1675/16

## WYROK

z dnia 22 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2016 r. przez **J.K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Agregaty Pex-Pool Plus J.K., ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław**

przy udziale **Cenrex Sp. z o.o., ul. Poligonowa 30, 04-051 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **J.K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Agregaty Pex-Pool Plus J.K., ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **J.K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Agregaty Pex-Pool Plus J.K., ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **J.K., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Agregaty Pex-Pool Plus J.K., ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** na rzecz **4 Regionalna Baza Logistyczna,**

**ul. Pretficza 28, 50-984 Wrocław** kwotę **5 371 zł 80 gr** (słownie: pięć tysięcy trzysta siedemdziesiąt jeden złotych i osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz noclegu, zgodnie ze złożonym do akt sprawy spisem kosztów.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę agregatów prądotwórczych dużej mocy KEP 900. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2016 roku pod poz. 2016/S 119-212158.

W dniu 8 września 2016 r. Odwołujący - J.K.a, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty Pex-Pool Plus J.K. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp; od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu wykluczenia z postępowania CENREX sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty CENREX.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust 2b w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w następstwie czego Zamawiający przyjął, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale 5 pkt. 5.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 i pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez:
  - a. zaniechanie wyczerpującego wyjaśnienia przyczyn zaoferowania różnych cen za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne;
  - b. zaniechanie wyjaśnienia, czy różnica pomiędzy cenami za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne znajduje uzasadnienie w sposobie kalkulacji tych cen podanych pobieżnie w wyjaśnieniach wykonawcy;
  - c. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie zamówienia opcjonalnego;
  - d. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy pomimo, iż sposób ustalenia ceny za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne wskazuje na to, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
  - e. naruszenie innych przepisów wskazanych w treści odwołania

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty CENREX jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. wykluczenia CENREX z postępowania i odrzucenia jego oferty, względnie o samo odrzucenie oferty CENREX;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane, w tym pisma Jednostki Wojskowej nr 4226 w Warszawie z dnia 21.01.2016 r. oraz z akt sprawy prowadzonej przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą: KIO 1580/15, w tym w szczególności, znajdujących się w tych aktach: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez konsorcjum w składzie MONREX sp. z o.o. oraz Armpol sp. z o.o., wykazu dostaw na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez w/w konsorcjum, referencji wystawionych dla Cagen sp. z o.o. (jako podmiotu udostępniającego zasobów w/w konsorcjum), wyroku wydanego w tej sprawie, na okoliczność tego, że: wyłonione w w/w postępowaniu konsorcjum powołało się na wiedzę i doświadczenie Cagen sp. z o.o.; wiedza i doświadczenie Cagen sp. z o.o., na które konsorcjum powołało się w w/w postępowaniu, jest wiedzą i doświadczeniem wynikającymi z tej samej dostawy, którą CENREX wskazał w wykazie dostaw w obecnym postępowaniu (na dowód tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt. 5.1.2 obecnego SIWZ); że wiedza i doświadczenie Cagen sp. z o.o. okazały się niewystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia udzielonego w 2015 r. w następstwie czego ówczesny zamawiający (Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie) odstąpił od umowy na dostawę agregatów z uwagi na nienależyte wykonanie umowy;

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie zestawienia przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Cagen nieskutecznie udostępnił zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, przez co Cenrex nie udowodnił, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem wymaganym do należytego wykonania zamówienia. Bezspornym jest, że CENREX nie posiada wymaganej wg SIWZ wiedzy i doświadczenia koniecznego do zrealizowania przedmiotu zamówienia. W tej mierze powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, tj. Cagen.

Nie jest natomiast jasna rola ARMPOOL oraz Autosan. Obie spółki udostępniły wiedzę i doświadczenie niemniej, odnośnie żadnej z nich nie zostały wskazane jakiegokolwiek dostawy lub referencje, które potwierdziłyby, że spółki te spełniają warunek udziału w postępowaniu, wynikający z pkt. 5.1.2 SIWZ. Wobec braku spełnienia warunku przez Cenrex, braku wskazania dostaw, które mogłyby potwierdzać spełnienie warunku przez Armpol lub Autosan, jedynym podmiotem który ewentualnie może spełniać ten warunek jest Cagen. Odwołujący podniósł, że zakres udostępnienia zasobów przez Cagen został sformułowany w ogólny sposób („wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia”). Z takiego oświadczenia nie wynikają podstawowe informacje, które mogłyby posłużyć do ustalenia, czy CENREX jest czy też nie jest zdolny wykonać należycie przedmiot zamówienia. W szczególności nie jest jasne, jaki zakres zamówienia zostanie wykonany przez Cagen, ile osób ze strony Cagen będzie w tym uczestniczyło, jakie mają kwalifikacje i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, czy i na jakiej podstawie Cagen może dysponować tymi osobami itp. Zgodnie z przytoczonymi w treści odwołania poglądami orzecznictwa, zdaniem Odwołującego w treści udostępnienia zasobów należało wskazać m.in.:

1. szczegółowo obszary, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale Cagen, co umożliwiłoby egzekwowanie przez Zamawiającego poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez CENREX zobowiązaniami Cagen. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania Cagen, daje Zamawiającemu podstawę do podjęcia decyzji w przedmiocie uznania kwalifikacji CENREX za spełniające wymagania SIWZ;
2. czy Cagen rzeczywiście posiada udostępnione zasoby.

Zamawiający słusznie uznał, że oświadczenie Cagen nie spełnia wymagań siwz i ustawy i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Niestety, w ocenie Odwołującego podjęte w następstwie ustalenia i dalsze działania Zamawiającego należy uznać za oczywiście sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Skoro CENREX nie zakwestionował zasadności tego wezwania, należy uznać, iż nie tylko Odwołujący, ale Zamawiający i CENREX są zgodni co do tego, że z załączonego do oferty CENREX oświadczenia Cagen nie wynika (albo nie wynika dostatecznie), w jaki sposób CENREX będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Uwzględnienie wyjaśnień Cenrex z pisma z dnia 18.08.2016 roku nastąpiło, zdaniem Odwołującego, z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, za czym przemawiają następujące argumenty:

Po pierwsze, wyjaśnienia Wykonawcy nie są wystarczające do ustalenia, w jakim zakresie i w jaki sposób Cagen będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te zbiorczo odnoszą się bowiem do udziału wszystkich podmiotów, które udostępniły Wykonawcy zasobów (*„...W przedmiotowej dostawie Cenrex sp. z o.o. będzie dysponowała potencjałem produkcyjnym wskazanych w ofercie podmiotów trzecich, z którymi na czas realizacji zamówienia zostaną podpisane stosowne umowy i które zobowiązały się do udostępnienia na potrzeby realizacji zamówienia”*). Tak więc sposób oraz zakres udostępnienia wynikający z wyjaśnień CENREX odnosi się nie tylko do Cagen, ale również do dwóch pozostałych „udostępniających”, tj. Autosan oraz Armpol. Co istotne, z przedmiotowych wyjaśnień nie wynika, który z w/w trzech podmiotów, w jakim zakresie oraz w jaki sposób będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, w jakim obszarze zamówienie będzie realizowane przez Cagen, a w jakim przez pozostałych dwóch udostępniających. Przypomnieć przy tym należy, że odnośnie Autosan oraz Armpol nie zostały przedstawione jakiegokolwiek referencje lub inne dokumenty, z których wynikałoby, że Spółki mają wiedzę i doświadczenie w realizacji dostaw tożsamy z przedmiotem dostawy objętej postępowaniem. Brak wiedzy na temat tego, który z w/w podmiotów jaką część zamówienia zobowiązał się wykonać, uniemożliwia ustalenia zakresu solidarnej odpowiedzialności tych podmiotów wobec Zamawiającego (tj. solidarnej z CENREX).

Po drugie, sposób oraz zakres udostępnienia wiedzy i doświadczenia powinien wynikać z oświadczenia złożonego przez udostępniającego. Wynika to wprost z art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Co więcej, oświadczenie to powinno być złożone w formie pisemnej oraz przedłożone wraz z ofertą w oryginale. Sprzeczne z przywołanym przepisem jest postępowanie Zamawiającego, w którym zakres oraz sposób udostępnienia zasobów ustala w oparciu o oświadczenie Wykonawcy (a nie zobowiązanie udostępniającego). Taka dokładnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Wezwaniem CENREX do złożenia wyjaśnień, Zamawiający jednoznacznie dał wyraz przekonaniu, że „sposób dysponowania wiedzą i doświadczeniem” Cagen nie wynika z treści oświadczenia tego podmiotu. Należy zatem przyjąć, że ostatecznie uznając ofertę CENREX za spełniającą warunki SIWZ, Zamawiający - odnośnie udostępnienia zasobów Cagen - oparł się na oświadczeniu zarówno Cagen, jak i CENREX. CENREX nie jest uprawniony do składania zobowiązania w przedmiocie udostępnienia wiedzy i doświadczenia za Cagen, jak i za pozostałych dwóch „udostępniających”. Tym samym oświadczenie CENREX w tej mierze nie może być podstawą do ustalenia, czy i w jakim zakresie Cagen, Armpol oraz Autosan zobowiązały się udostępnić wiedzę i doświadczenie Wykonawcy.

Po trzecie, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 sierpnia 2016 r., Wykonawca w istocie złożył oświadczenie, które jest przedmiotowo różne od tego, jakie wynika z zobowiązań do

udostępnienia zasobów złożone przez Cagen, Armpol i Autosan. W żadnym razie nie można przyjąć, że wyjaśnienia Wykonawcy mają na celu rozwianie wątpliwości, jakie mogły powstać na tle sformułowań użytych przez Cagen w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Tym samym, wymiana w tej mierze korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawca stanowi wyraz negocjacji dotyczącej złożonej oferty, która jest zakazana, stosownie do art. 87 ust 1 ustawy PZP. Przez negocjacje rozumie się bowiem również działania zmierzające do uzupełnienia treści oferty o informacje, które zostały w niej pominięte.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wady powyższego udostępnienia wiedzy i zasobów stają się tym bardziej istotne, że na doświadczenie i wiedzę Cagen, powołało się w roku 2015, konsorcjum w składzie MONREX sp. z o.o. oraz ARMPOL sp. z o.o. (w roli Zamawiającego występowała Jednostka Wojskowa nr 4226 w Warszawie). W postępowaniu tym, przedmiot zamówienia był tożsamy z przedmiotem obecnego postępowania. Tożsame są również dostawy zrealizowane przez Cagen, które poprzednio i obecnie zostały wskazane na okoliczność wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia. Na okoliczność tą Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu oczekując wnikliwego zbadania kwalifikacji Cagen, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

Oдноśnie drugiego zarzutu, Odwołujący podniósł, że w formularzu ofertowym Zamawiający ze znanych sobie tylko przyczyn, dopuścił możliwości zaoferowanie dostawy podstawowej i dostawy opcjonalnej z różnymi cenami. Z wynikających z tego tytułu możliwości skorzystał CENREX, który złożył ofertę z odmienną ceną na dostawy podstawowe i dostawy opcjonalne. Różnica wyniosła 1.800.720,00 zł brutto. Słusznie Zamawiający uznał taką różnicę w cenie za budzącą wątpliwości, w następstwie czego wezwał CENREX do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 18.08.2016 r.). W odpowiedzi, CENREX wyjaśnił, że zróżnicowanie wynika z tego, że gwarantowane zamówienie obejmuje wszelkie koszty wyprodukowania przedmiotu zamówienia (wykonania projektu, przygotowanie dokumentacji, przeszkolenia załogi, przeprowadzenia badań). Zamówienie opcjonalne nie ma obejmować większości wskazanych wyżej kosztów. Ponadto, zwiększenie produkcji ma spowodować zwiększenie zakupów u poddostawców Wykonawcy co będzie skutkowało uzyskaniem niższych cen za niezbędne materiały. Większy wolumen zamówienia ma również zoptymalizować procesy produkcyjne, co spowoduje, zdaniem CENREX, obniżenie kosztów. W ocenie Odwołującego, oferta CENREX - w zakresie zamówienia opcjonalnego - zawiera rażąco niską cenę. Oferta z tą ceną mogła zostać złożona tylko przy założeniu, że zamówienie opcjonalne nie będzie realizowane. Założenie to w związku z ustalony w SIWZ sposobem oceny ofert pozwoliło CENREX w sposób oderwany od realiów rynkowych zaniżyć cenę oferty opcjonalnej oraz zawyżyć cenę za zamówienie podstawowe, a działania te miały na celu wyłącznie doprowadzenie do wyboru w postępowaniu oferty CENREX.

W ocenie Odwołującego, oferta CENREX powinna zostać odrzucona, albowiem wyjaśnienia tego Wykonawcy są zbyt pobieżne, aby uchylły domniemanie prawne ustanowione wezwaniem Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia CENREX powinny zawierać szczegółową kalkulację, obejmującą wszystkie istotne pozycje dla uzasadnienia wysokości zaoferowanych cen.

Zdaniem Odwołującego, za odrzuceniem oferty CENREX przemawia nie tylko okoliczność wysokości ceny, ale również sposobu jej ustalenia. Faktem jest, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia różnych cen za realizację zamówienia podstawowego i opcjonalnego. Nie oznacza to jednak dowolności po stronie wykonawców w ustalaniu wysokości tych cen. Skoro bowiem przedmiot (specyfika) przedmiotu dostawy podstawowej i dostawy opcjonalnej jest identyczna, jako punkty wyjścia należy poczynić założenie, że ceny te powinny być równe.

Przy tym założeniu, za wadliwe należy uznać postępowanie wykonawcy, który na zasadzie swobodnego uznania: uwzględnił wybrane koszty tylko w cenie za zamówienie podstawowe, pomimo, iż koszty te są wspólne dla zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego; uwzględnił uzyskane upusty od poddostawców tylko w cenie za zamówienie opcjonalne, pomimo, iż uzyskanie tego upustu pozostaje w związku z realizacją zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego. W ocenie Odwołującego, CENREX w sposób uznaniowy skalkulował ceny za zamówienie podstawowe i opcjonalne. Co więcej, z uwagi na okoliczności sprawy należy przyjąć, że uczynił to wyłącznie w celu wyłonienia jego oferty jako najkorzystniejszej. Efekt ten miał zostać osiągnięty poprzez uzyskanie zawyżonego wynagrodzenia za zamówienie gwarantowane (podstawowe), tj. zawyżone o koszty, które w istocie winny być przeniesione również w cenie za zamówienie opcjonalne oraz poprzez pominięcie upustów uzyskanych od poddostawców, które w całości zostały uwzględnione w cenie za zamówienie opcjonalne. Zdaniem Odwołującego, pomijając wysoki stopień ogólności tych wyjaśnień, który w istocie wyklucza jakąkolwiek ich weryfikację, wyjaśnienia te są oderwane od realiów rynkowych. Wynikałoby z nich bowiem, że koszty wypracowania tzw. know-how czyli w tym przypadku, m.in. stworzenia dokumentacji projektowej, przeszkolenia załogi itp.. przedsiębiorca ponosi wyłącznie w ramach pierwszej dostawy, i nie uwzględnia w kalkulacji ceny przy realizacji kolejnych zleceń. Takie założenie jest z gruntu fałszywe. To właśnie wiedza i doświadczenie stanowią istotny czynnik przy ustalaniu wynagrodzenia za świadczenie usługi i realizowane dostawy, przy czym wartość tej wiedzy i doświadczenia jest uwzględniana przy kalkulacji wynagrodzenia także w przypadku, gdy zostały w całości pokryte w wynagrodzeniu za dostawy wcześniej.



**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwwołanie podlega oddaleniu.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. wykażą, iż posiadają doświadczenie zdobyte poprzez wykonanie minimum jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wskazana dostawa musi mieć minimum wartość 3.200.000,00 zł brutto.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 6.1.1. SIWZ w celu wykazania spełnienia tego warunku, należało przedstawić wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na których rzecz zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przez dowody, o których mowa powyżej rozumie się:

- poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej

Celem wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca Genrex przedstawił w ofercie Wykaz Dostaw (załącznik nr 7 do SIWZ), gdzie wskazał na dostawę i uruchomienie elektrowni agregatowych kontenerowych przystosowanych do pracy równoległej (w synchronizacji ze sobą) lub pracy wyspowej realizowaną na rzecz ROMI Sp. z o.o. w okresie 4.03.2013 - 7.10.2014, o wartości 1 170 025,80Euro.

Do oferty załączył także:

1. protokół końcowy z dnia 7.10.2014 r. zawarty pomiędzy ROMI Sp. z o.o a Cagen Sp. z o.o., w którym wskazano na zakres i przedmiot dostaw agregatów prądotwórczych i podano, że wymienione dostawy zostały wykonane w sposób profesjonalny, z należytą starannością.
2. trzy zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 3 sierpnia 2016 r. złożone przez Cagen sp. z o.o., Autosan Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Innowacyjno-Wdrożeniowe Armpol Sp. z o.o.

W treści każdego z trzech jednobrzmiących zobowiązań wskazano, że wymienione podmioty udostępniają firmie Cenrex Sp. z o.o. zasoby niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia; zakres udostępnionych zasobów to: wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia; sposób wykorzystania zasobów to: udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca; charakter stosunków, jaki będzie łączył podmiot z wykonawcą to: umowa podwykonawcza; okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: na czas realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 10.08.2016 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Cenrex do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia, że załączony przez niego dowód potwierdzający należyte wykonanie dostaw (protokół z dnia 7.10.2014) dotyczy dostawy wykazanej na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi, w dniu 16.08.2016r., wykonawca Cenrex potwierdził, że protokół końcowy z dnia 7.10.2014 roku dotyczy dostawy wykazanej w wykazie dostaw.

W piśmie z dnia 16.08.2016 r. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Cenrex do wyjaśnień w jaki sposób wykonawca będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W pkt 2 odpowiedzi z dnia 18.08.2016 roku, wykonawca podał, że Cenrex jest firmą handlową specjalizującą się w dostawach sprzętu i wyposażenia dla wojska, policji i innych Służb. W przedmiotowej dostawie Cenrex sp. z o. o. będzie dysponował potencjałem produkcyjnym wskazanych w ofercie podmiotów trzecich, z którymi na czas realizacji zamówienia zostaną podpisane stosowne umowy i które zobowiązały się do udostępnienia na potrzeby realizacji zamówienia:

- infrastruktury produkcyjnej, parku maszynowego i zasobów osobowych;
- doświadczenia w projektowaniu, produkcji, synchronizacji i serwisie;
- wdrożonych systemów kontroli jakości, wpracowanych ścieżek zaopatrywania materiałowego;
- nadzoru i pomocy technicznej przy uruchomieniu i podczas prób badawczych

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego co do niespełnienia przez wykonawcę Cenrex wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stosownie do postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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. W świetle przywołanego przepisu dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na zasoby innego podmiotu pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia. W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając zamawiającemu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą faktycznie wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby, nie ma żadnych podstaw aby poddawać w wątpliwość zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego - Cagen. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wykonawcy Cagen, załączone do oferty, jest jasne i klarowne. Podmiot trzeci udostępnił swój zasób wiedzy i doświadczenia, wskazując na realizację ujętą w wykazie dostaw i będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawcy. Udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy oznacza najbardziej realne z możliwych udostępnienie wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie odpowiada wszystkim wymaganiom przepisów ustawy Pzp, zawiera informację o udostępnionych zasobach, charakterze stosunku łączącego podmiot z wykonawcą a także okresie udostępnienia zasobów. Złożone wraz z ofertą oświadczenie podmiotu trzeciego jest wystarczające, stąd w ocenie Izby wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w jaki sposób wykonawca będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem, wystosowane przez Zamawiającego dnia 16 sierpnia, należy uznać za zbędne ale wynikające z dążenia zamawiającego do dokładnego i rzetelnego wyjaśnienia kwestii udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia.

Brak jest także podstaw, aby Zamawiający na tym etapie postępowania badał zakres udziału w realizacji zamówienia pozostałych dwóch podmiotów trzecich: Autosan oraz Armpol, udostępniających wiedzę i doświadczenia. Po pierwsze - Zamawiający nie wymagał w siwz podania zakresu prac jaki będzie powierzony podwykonawcom, po drugie - skoro doświadczenie, jakim wykazał się podmiot trzeci - Cagen jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia to brak jest podstaw, aby wymagać wykazania się doświadczeniem przez pozostałe podmioty udostępniające zasoby, nawet jeśli jest to również zasób wiedzy i doświadczenia.

Nie można zgodzić się także z Odwołującym, że wiedza i doświadczenie jakim wykazał się Cagen jest niewystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdziale V pkt 5.1.2 siwz. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został sformułowany w sposób dość ogólny, Zamawiający wymagał wykazania się min. jedną dostawą „odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”. Jedyny wymóg, jaki Zamawiający postawił względem wykazanej dostawy to jej wartość min. 3 200 000 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem dostawy „odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”. Mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest dostawa agregatów prądotwórczych dostawa, jaką wykazał Cenrex, realizowana przez podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia - Cagen - polegająca na dostawie i uruchomieniu elektrowni agregatowych kontenerowych przystosowanych do pracy równoległej (w synchronizacji ze sobą) lub pracy wyspowej - spełnia wymagania określone w siwz, bowiem jest to dostawa „odpowiadająca swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia”. Wszelkie dywagacje Odwołującego odnoszące się do wykazywania różnic technicznych pomiędzy zrealizowaną przez Cagen dostawą a dostawą, będącą przedmiotem zamówienia, pozostają bez znaczenia dla oceny spełnienia tak opisanego przez Zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia.

Dodatkowym potwierdzeniem faktu realnego udostępnienia przez Cagen zasobów wiedzy i doświadczenia jest złożone przez Przystępującego Cenrex w toku rozprawy oświadczenie z dnia 21.09.2016 r., w którym Cagen oświadczył m.in. że udostępni wiedzę i doświadczenie w każdym zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, w tym na potrzeby realizacji zamówienia udostępni: infrastrukturę produkcyjną, park maszynowy i zasoby osobowe, weźmie udział w projektowaniu, produkcji, synchronizacji i serwisie, udostępni wdrożone systemy kontroli jakości oraz wypracowane ścieżki zaopatrzenia materiałowego a także będzie nadzorował oraz udzielał pomocy technicznej przy uruchomieniu i podczas prób badawczych.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy KIO 1580/16, wskazując, że dowód ten nie jest istotny dla wydania rozstrzygnięcia. Ponadto okoliczność, że inny wykonawca: konsorcjum Mornex Sp. z o.o. oraz Armpol Sp. z o.o. powołał się w innym postępowaniu o zamówienie publiczne na tę samą wiedzę i doświadczenie Cagen sp. z o.o., na którą powołuje się aktualnie Cenrex Sp. z o.o. w tym postępowaniu, pozostaje bez związku z rozstrzyganym sporem. Podobnie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia jest okoliczność co do istnienia sporu, wynikającego z niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia przez konsorcjum Mornex Sp. z o.o. oraz Armpol Sp. z o.o. w innym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Izba nie podzieliła także zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i ust. 3 przez: 1. zaniechanie wyczerpującego wyjaśnienia przyczyn zaoferowania różnych cen za zamówienia podstawowe i opcjonalne, 2. zaniechanie odrzucenia oferty Cenrex mimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie zamówienia opcjonalnego, 3. zaniechania odrzucenia oferty Cenrex mimo, że sposób ustalenia ceny za zamówienie podstawowe i opcjonalne wskazuje, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie z dokumentem dotyczącym ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, Zamawiający w dniu 12.05.2016 roku w oparciu o wstępną ofertę Pex-Poll Plus ustalił wartość szacunkową zamówienia na łączną kwotę 16 134 720 zł netto, w tym zamówienia podstawowe - 8 067 360 zł netto i zamówienia opcjonalne - 8 067 360 zł netto. Zamawiający wymagał podania odrębnie w formularzu ofertowym cen za zakup gwarantowany oraz zakup opcjonalny, obejmujący w każdym przypadku 3 sztuki agregatów prądotwórczych dużej mocy KEP900 (kontenerowa elektrownia polowa). W postępowaniu złożono dwie oferty: oferta Odwołującego z ceną 20 996 100 zł brutto, w tym zamówienie gwarantowane - 10 498 050 zł, zamówienie opcjonalne - 10 498 050 zł; oferta Przystępującego Cenrex z ceną 19 800 540 zł, w tym zamówienia gwarantowane - 10 800 630 zł, zamówienie opcjonalne – 8 999 910 zł.

Zamawiający w dniu 16.08.2016 r. zwrócił się do wykonawcy Cenrex, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie dlaczego asortyment w ramach zamówienia opcjonalnego jest niższy w stosunku do zamówienia gwarantowanego. W odpowiedzi, w dniu 18.08.2016 r., wykonawca wyjaśnił, że cena została zróżnicowana z uwagi na fakt, iż gwarantowane zamówienia obejmuje wszelkie koszty wyprodukowania przedmiotu zamówienia (wykonanie projektu, przygotowanie dokumentacji, przeszkolenia załogi, przeprowadzenie badań). Zamówienie opcjonalne nie będzie obejmować większości tych kosztów.

Ponadto zwiększenie produkcji spowoduje zwiększenie zakupów u poddostawców co będzie skutkowało uzyskaniem niższych cen za niezbędne materiały. Większy wolumen zamówienia pozwoli także również zoptymalizować procesy produkcyjne, co spowoduje obniżenie kosztów.

Zdaniem Izby, w sprawie nie zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, zaproponowana cena zarówno za zamówienie gwarantowane jak i opcjonalne nie budzi wątpliwości co do rzetelności jej kalkulacji. Ceny te są zbliżone do wartości szacunkowej zamówienia, nie odbiegają w sposób znaczący od ceny zaproponowanej przez drugiego wykonawcę - odwołującego. Stąd brak było podstaw do wszczęcia przez Zamawiającego procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zasadnym było skierowanie wezwania o wyjaśnienia różnic w cenach jedynie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne - mimo, iż zamówienie gwarantowane i opcjonalne polegają na dostawie tożsamyh agregatów w takiej samej ilości - Zamawiający dopuścił podanie przez wykonawców dwóch różnych, odrębnych cen za każde z tych zamówień. Zdaniem Izby, powołane wyżej wyjaśnienie złożone przez Cenrex w dniu 18.08.2016 r. dotyczące przyczyn podania niższej ceny za zamówienia gwarantowane i wyższej ceny za zamówienia opcjonalne jest konkretne, wiarygodne i przekonujące. Istotnie, wykonawca nie mając pewności udzielenia dalszych zamówień tzw. opcjonalnych mógł wkalkulować w cenę zamówień gwarantowanych koszty projektu, badań, dokumentacji, przeszkolenia załogi. Kosztów tych nie będzie już ponosił w sytuacji zlecenia zamówień opcjonalnych, co pozwoliło mu na obniżenie ceny za te zamówienia o ok. 488tys. zł za sztukę.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut dotyczący złożenia przez Cenrex oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wskazał nawet który z czynów nieuczciwej konkurencji został przez taki sposób ustalenia ceny oferty naruszony a ponadto brak jest wykazania, że takie działanie wykonawcy zmierza do eliminacji lub choćby utrudnia dostęp do rynku innym przedsiębiorcom.

Izba orzekła jak w sentencji, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika zamawiającego związane z dojazdem na rozprawę i noclegiem oraz kosztami zastępstwa prawnego przed Izbą w łącznej wysokości 5 371,80 zł, zgodnie ze spisem kosztów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....