

**WYROK**  
**z dnia 5 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego – Zakłady Mechaniczne Rufus G.W. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Dębicy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CAR-POL M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B.S. z siedzibą w Zielonce,
  2. wykonawcy IBCOL Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 5.654,36 zł (słownie: pięć tysięcy sześćset pięćdziesiąt cztery złote 36/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Dostawa urządzeń szkolno-treningowych (kontaktowych figur bojowych, termalnych figur bojowych i figur bojowych z blachy) realizowana przez 16 wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim” (znak sprawy: 60/2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2016 r. pod numerem 2016/S 027-043352.

W dniu 12 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych, za które, w poszczególnych częściach zamówienia, uznane zostały oferty złożone przez wykonawcę IBCOL Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Wykonawcą I” (część 1 i 2 zamówienia) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CAR-POL M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, B.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KAFAR B.S. z siedzibą w Zielonce, zwanych dalej „Konsorcjum CP” (część 3 zamówienia).

W dniu 22 kwietnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy Zakłady Mechaniczne Rufus G.W. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w Dębicy (dalej: „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór ofert ww. wykonawców,
2. zaniechanie odrzucenia ofert najkorzystniejszych jako niespełniających wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oraz Pzp,
3. prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 8 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 i art. 96 ust 1-3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp,

art. 26 ust. 2b Pzp, 26 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 89 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru ofert najkorzystniejszych,
2. dokonania ponownej oceny ww. ofert,
3. wykluczenia Wykonawcy I i Konsorcjum CP i odrzucenia ich ofert,
4. wyboru oferty złożonej przez Odwołującego,

a nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na okoliczności w nim przytoczone.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp, polegającą na nieuzyskaniu zysku, który by uzyskał gdyby oferta Odwołującego została wybrana.

#### **I. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp**

Zgodnie z ww. przepisami zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający naruszył te zasady z uwagi na to, że ocenił oferty Wykonawcy I oraz Konsorcjum CP jako najkorzystniejsze, podczas gdy Konsorcjum CP nie wykazało doświadczenia i nie dało potwierdzenia należytej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie części 3 zamówienia – figury z blachy.

#### **II. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum CP**

##### **II.1. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89, art 26 Pzp oraz Rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ**

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum CP nie spełniło warunków wskazanych w SIWZ, ponieważ:

- a) nie wykazało pełnomocnictwa, a zgodnie z pkt 5 Rozdziału 7 SIWZ wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie wskazują swego pełnomocnika, który reprezentuje ich w Postępowaniu, m.in. podpisuje ofertę i załączniki, pełnomocnictwo jest załączone do oferty; ani oferta, ani załączniki nie zostały podpisane przez pełnomocnika,
- b) nie spełniono wymagania z pkt 6, Rozdział 7 SIWZ,

- c) pkt 4 – adresatem przedstawionych referencji nie jest Konsorcjum CP,
- d) pkt 5 – zobowiązanie do skorzystania z zasobów nie jest potwierdzone za zgodność z oryginałem.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 9 Rozdziału 7 SIWZ brak dokumentów lub oświadczeń, jak i podanie nieprawdziwych informacji, skutkuje wykluczeniem z Postępowania.

Podkreślił ponadto, że oferta złożona przez Konsorcjum CP jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ w Rozdziale III pkt 2, Część/Zadanie 3 – Dostawa figur z blachy. Zamiast wymaganych dostaw figur bojowych z blachy Konsorcjum CP wykazało, że zrealizowało dostawę figur metalowych sylwetkowych oraz figur zwarciovych. Przeznaczenie figur sylwetkowych jest odmienne, figury te używane mogą być np. na strzelnicach w wesołych miasteczkach, co wprowadza Zamawiającego w błąd. Rozdział III pkt 2 SIWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie celu w jakim figury te mają zostać użyte. Figury te zawierają czujnik trafień, którego figury sylwetkowe zwykle nie zawierają. Figury sylwetkowe to z reguły tarcze występujące np. w strzelnicach komercyjnych lub parkach rozrywki. Zwykle są także tekturowe.

Odwołujący stwierdził również, że omawiana oferta nie spełnia wymagań co do posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia i jest niezgodna z pkt 2 Rozdziału VI SIWZ.

W jego ocenie referencje nie potwierdziły należytego wykonania dostawy w zakresie określonym w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ – posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. wymagania wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Odwołującego oferta zawiera także nieprawdziwe informacje. Zamawiający określił, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia spełniają ci wykonawcy, którzy wykonali lub wykonują w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli termin ten jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie dostawy główne odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia i odpowiadającym wartościom brutto dla zadania Część/Zadanie 3 – figury z blachy na łączną wartość minimum 200.000,00 zł brutto.

Konsorcjum CP oświadczyło, że wykonało dostawę figur metalowych sylwetkowych oraz zwarciovych do bułgarskiej firmy Metal Corporation EOOD, Sofia Boulevard Vitosza 66/4 i na potwierdzenie tego oświadczenia przedstawiło referencje udzielone firmie MetalCorporation EOOD, Sofia Boulevard Vitosza 66/4 przez inną bułgarską firmę Cargo Trans Met, 1000 Sofia, Boulevard Vitosza 66/4. W przekonaniu Odwołującego z treści tych dokumentów wynikają sprzeczności.

Z załączonego do oferty wykazu głównych dostaw wynika, że Konsorcjum CP dostarczyło figury metalowe sylwetkowe dla Metal Corporation (występuje tu jako odbiorca), a z wystawionych referencji, na które powołuje się Konsorcjum CP – że dostawy dokonał Metal Corporation na rzecz Cargo Trans Met. Odwołujący zwrócił uwagę, że obie bułgarskie firmy mieszczą się pod jednym adresem, najprawdopodobniej w jednym mieszkaniu (Sofia Bulevard Vitosza 66/4 jest główną ulicą handlową Sofii z wieloma sklepami). Pod tym adresem znajduje się także wirtualne biuro, które służy do wynajmowania chwilowej siedziby dla różnych firm. Zarejestrowano na nim również jeszcze jedną firmę – LikeJohnny.com. Wykonawca CP nie podał żadnych danych rejestrowych dla tych firm w Bułgarii pozwalających je zidentyfikować, a referencje powinny dane takie zawierać. W bułgarskim rejestrze handlowym (Bulstat – *bulgarian business register*) firmy te nie figurują. Z dokumentacji ofertowej nie wynika jaki zakres działalności ma firma Metal Corporation oraz czy ma jakiegokolwiek doświadczenie przy produkcji figur bojowych, odpowiadających wymaganiom Sił Zbrojnych RP. Oczywisty jest natomiast wniosek, że takiego doświadczenia nie posiada Konsorcjum CP, które odwołuje się do doświadczenia innej firmy. Oczywistym jest ponadto, że dostawa nie mogła mieć miejsca przez i do firmy mającej siedzibę w tym samym lokalu. Zachodzi wysokie i uzasadnione prawdopodobieństwo, że firmy te wystawiły sobie nawzajem nieprawdziwe referencje, zwłaszcza że wystawca referencji (Cargo Trans Met) ma siedzibę pod tym samym adresem, co odbiorca referencji (Metal Corporation), co pozwala na przypuszczenie istnienia między nimi powiązań osobowych lub kapitałowych.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum CP przedstawiło taki sam wykaz dostaw, ale zmieniło podmiot na rzecz którego dostawa została wykonana (wskazało Cargo Trans Met w miejsce Metal Corporation), nie wyjaśniając przy tym czy omyłkowo podało ten podmiot, czy też wykonało na rzecz tego podmiotu identyczną dostawę. Jednocześnie przedstawiło referencję wystawioną przez Cargo Trans Met firmie Metal Corporation potwierdzającą, że Metal Corporation wykonała dla Cargo Trans Met dostawę identyczną jak dostawa wykazana przez Konsorcjum CP, tzn. że Konsorcjum CP wykonało na rzecz Cargo Trans Met. A więc z powyższego wynika, że na rzecz firmy Cargo Trans Met dwa podmioty (Wykonawca CP i Metal Corporation) wykonały identyczne dostawy opiewające na te same wielkości i kwoty. Zamawiający nie dostrzegł, że pomimo wezwania do wyjaśnienia tej okoliczności Konsorcjum CP nie wyjaśniło tego, a wręcz przeciwnie potwierdził, że wiedza i doświadczenie nie zostały wykazane.

Co więcej, w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji określonych zasobów firma Metal Corporation nie wskazała zakresu udostępnianych zasobów, charakteru stosunku jaki będzie łączył go z wykonawcą (użyto określenia „współpraca biznesowa”, a więc nie

podwykonawstwo), zaś w punkcie zakres i okres udziału podmiotu wskazano: doradztwo, konsultacje, udostępnienie dokumentacji. Zdaniem Odwołującego powyższy sposób udostępnienia potencjału nie gwarantuje wykonawcy możliwości rzeczywistego korzystania z niego, przez co uznać należy, iż wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b Pzp nie może być uznane powołanie się na dostęp do usługi konsultacji czy doradztwa, a zamówienie może realizować tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź oprze się na doświadczonym podmiocie, jednakże podmiot ten musi realizować zamówienie jako podwykonawca. Orzecznictwo i piśmiennictwo dopuszcza różne formy udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, w tym poprzez doradztwo i konsultacje. Jedyne wątpliwości dotyczą tego, czy doradztwo i konsultacje oznaczają, że podmiot trzeci bierze udział w realizacji zamówienia, a przekazanie wiedzy, czy to jako *know-how*, czy jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii, nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a zasób ten można przenieść np. przez wyszkolenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. Taki zakres nie został określony w ofercie Konsorcjum CP. Zamawiający nie zbadał, czy udostępnienie potencjału ma charakter realny, nie odniósł się do tego jaka jest rzeczywista treść zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący podał ponadto, że z dokumentacji ofertowej nie wynika jaki zakres działalności ma firma Metal Corporation oraz czy ma jakiegokolwiek doświadczenie przy produkcji figur bojowych, odpowiadających wymaganiom Sił Zbrojnych RP, oczywisty jest natomiast wniosek, że takiego doświadczenia nie posiada Konsorcjum CP, które odwołuje się do doświadczenia tej firmy. Oczywistym jest, że dostawa nie mogła mieć odbyć się w ramach firm mających siedzibę w tym samym lokalu. Zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że firmy te wystawiły sobie nawzajem nieprawdziwe referencje, zwłaszcza że wystawca referencji – Cargo Trans Met ma siedzibę pod tym samym adresem co odbiorca referencji – Metal Corporation, co pozwala na przypuszczenie istnienia między nimi powiązań osobowych lub kapitałowych. Co więcej z przedstawionych referencji nie wynika kwota zrealizowanej dostawy (referencje nie zostały w tym zakresie uzupełnione), a w świetle złożonego przez Konsorcjum CP oświadczenia co do posiadania wiedzy i doświadczenia, powołania się na korzystanie z wiedzy i doświadczenia Metal Corporation oraz zrealizowania dostaw na wymaganą kwotę minimalną 200.000,00 zł referencje mające być dowodem posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji wymaganej dostawy powinny zawierać informacje co do wielkości zamówienia. Referencje nie potwierdziły należytego wykonania dostawy w zakresie określonym w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

Odwołujący stwierdził następnie, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykonawcy, którzy podali nieprawdziwe informacje podlegają wykluczeniu z postępowania. Wskazał, że każdy rodzaj i zakres informacji, jeżeli zostanie stwierdzony fakt nieprawdziwości, wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy. Ocena złożonych informacji pod kątem ich prawdziwości dotyczyć może zarówno części podmiotowej, czyli dotyczącej samego wykonawcy, jak też części przedmiotowej złożonej oferty, tj. merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

W załączniku nr 3 do oferty Konsorcjum CP oświadczyło, że zamówienie wykona samodzielnie, korzystając z wiedzy i doświadczenia firmy Metal Corporation EOOD. Oświadczenie to jest niezgodne z prawdą. Zgodnie z pkt 1 ppkt 3 i ppkt 6 Rozdziału VI SIWZ wykonawca wykazując potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia może polegać na potencjale technicznym, czy osobach innych podmiotów przedstawiając ich pisemne zobowiązanie o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie czy na takie zasoby się powołuje, a w braku oświadczenia Zamawiający uzna, że wykonawca będzie realizował zamówienie bez powoływania się na potencjał podmiotów trzecich. Konsorcjum CP oświadczyło, że wykona przedmiot zamówienia osobiście powołując się jednocześnie na wiedzę i doświadczenie firmy Metal Corporation oraz przedstawiając referencje dotyczące tego podmiotu.

Udostępnienie przez podmiot trzeci osób czy potencjału technicznego nie rodzi większych wątpliwości interpretacyjnych. Jednak w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia pojawiają się pytania, w jaki sposób wykonawca ma udowodnić dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w tym zakresie oraz jak może to zweryfikować zamawiający. Do niedawna dominowało stanowisko, że takie udostępnienie może być zapewnione jedynie przez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Obecnie jednak dominuje pogląd, potwierdzony licznym orzecznictwem, że nie jest to jedyny sposób korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się tak przez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia w drodze korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia przez konsultacje czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Wykonawca powinien jednak wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów.

Skoro Konsorcjum CP na taki potencjał się nie powołało (poza skorzystaniem z doradztwa i konsultacji), powinno wykazać swój własny potencjał, czego nie uczyniło, przez co nie spełniło warunków udziału w Postępowaniu. W związku z tym Konsorcjum CP, w celu spełniania warunków udziału w Postępowaniu, zobowiązane było bądź to powołać się na własną wiedzę, doświadczenie oraz potencjał, bądź to powołać się na zasoby wiedzy i doświadczenia oraz potencjał udostępnione przez Metal Corporation w pełnym zakresie, a nie tylko w zakresie ograniczonym do doradztwa i konsultacji. Skoro zatem Konsorcjum CP ma skorzystać tylko z doradztwa czy konsultacji Metal Corporation, to nie Metal Corporation będzie brał udział w realizacji zamówienia, ale Konsorcjum CP osobiście i to ono powinno wykazać swoje doświadczenie, a nie doświadczenie Metal Corporation. Tymczasem załączone referencje nie udowadniają należytego wykonania przez Wykonawcę CP dostawy na minimalną kwotę 200.000,00 zł na figury bojowe z blachy, ale wykonanie takiej dostawy przez Metal Corporation. Konsorcjum CP naruszyło art. 26 ust 2b Pzp, ponieważ pisemne zobowiązanie Metal Corporation dotyczy jedynie doradztwa i konsultacji, a nie wykonania zamówienia w charakterze podwykonawcy w całości lub części.

Zdaniem Odwołującego referencje przedstawione przez Konsorcjum CP zawierały nieprawdziwe oświadczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania wyklucza się oferentów którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, zgodnie z art 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, zobowiązany jest udowodnić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu przez posiadanie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp pozwala wykonawcom polegać na potencjale podmiotów trzecich, z tym że muszą oni to udowodnić. Działanie Konsorcjum CP ma jedynie charakter, formalny, na potrzeby Postępowania, a zatem sprzeczny z intencją art. 26 ust. 2b Pzp dotyczącą realnej potrzeby i możliwości wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie wykonywania zamówienia.

Reasumując, Konsorcjum CP nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, a oświadczenia w zakresie wiedzy i doświadczenia złożone w treści oferty są nieprawdziwe. Zgodnie zatem z art 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp powinien zostać wykluczony z Postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona. Wykonawca jest uprawniony do wzięcia udziału w postępowaniu tylko jeśli spełnia warunki o których mowa w art. 22 Pzp. Według art. 22 ust. 5 Pzp warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 6 SIWZ przez ocenę dokumentów należy rozumieć ich badanie w zakresie ustalonym przez prawo,

przeprowadzenie analizy w kontekście: czy adresatem dokumentu jest wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu (pkt 4) — adresatem referencji jest inny podmiot (Metal Corporation), czy każda strona kopii dokumentu załączona przez wykonawcę w miejscu oryginału została potwierdzona za zgodność z oryginałem (pkt 5) — zobowiązanie wystawione przez Metal Corporation nie jest potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione po stronie Konsorcjum CP.

## **II.2. Naruszenie art 8 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 i art.96 ust. 1-3 Pzp**

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający musi zapewnić wykonawcom wgląd do dokumentacji przetargu. Cięży więc na nim obowiązek zapewnienia swobodnego dostępu do informacji i dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia wszystkim jego uczestnikom oraz innym zainteresowanym.

Odwołujący podał, że dopiero w dniu 21 kwietnia 2016 r., a więc w dniu poprzedzającym upływ terminu na złożenie odwołania otrzymał odpowiedź Zamawiającego na pismo Odwołującego się, oraz odpowiedzi Konsorcjum CP i Wykonawcy I na wezwania Zamawiającego. Jest to stanowczo spóźnione i potwierdza nierówne traktowanie w Postępowaniu. Odwołujący nie miał możliwości pełnego zapoznania się z tymi dokumentami.

## **II.3. Naruszenie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

W ocenie Odwołującego treść oferty Konsorcjum CP nie odpowiada SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że Pzp nie definiuje pojęcia oferty. Za element oferty uznać należy także dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero z nich można wywnioskować czy oferta spełnia wymagania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby zamówienie mogło być udzielone oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, a więc wymaganiom określonym zarówno w samym dokumencie SIWZ, jak i w jego doprecyzowaniu ujętym także w odpowiedziach na pytania zadawane przez wykonawców w trakcie postępowania. Bez takiego potwierdzenia w ofercie nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego. W przypadku składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy chcąc złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu muszą uwzględniać wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Pojęcie „oferta” w zamówieniach publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników. Treść oferty Konsorcjum CP nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie potwierdza doświadczenia tego podmiotu w zakresie wytwarzania figur bojowych termalnych.

### III. Zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy I

W przekonaniu Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę I zawiera nieprawdziwe informacje oraz jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ w Rozdziale III pkt. 2, Część/Zadanie 1 i 2 — Dostawa kontaktowych figur bojowych, Dostawa termalnych figur bojowych.

W załączniku nr 3 do oferty Wykonawca I deklaruje samodzielne wykonanie zamówienia, co pozostaje w jaskrawej sprzeczności z formą i zakresem jego działalności oraz wymogiem Zamawiającego dotyczącym odbioru wojskowego przez RPW bojowych figur termalnych, zgodnie z załączoną klauzulą jakościową. Jak bowiem wynika z jej treści oraz z odrębnych przepisów, RPW nadzoruje podlegającą odbiorowi wojskowemu produkcję, sprawdzając na wstępie, czy producent posiada wdrożony system jakości ISO lub AOAP, koncesję oraz dokumentację techniczną na podstawie której ma dokonać odbioru, spełniającą wymogi Zamawiającego. Wykonawca I, jako firma konsultingowo-marketingowa, posiada certyfikat jakości na pośrednictwo handlowe a nie na produkcję, co oznacza, że RPW nie może ze względów formalnych przystąpić do realizacji zlecenia i tym samym Wykonawca I nie może należycie wykonać zamówienia. Tym bardziej, że Zamawiający wymaga w Klauzuli Jakościowej (pkt 1), która jest załącznikiem do umowy „System zarządzania jakością dostawcy spełnia wymagania zawarte w AQAP 2130”, a przecież AQAP 2130 to wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i badaniach. Z powyższego wynika, że Wykonawca I przy realizacji zamówienia będzie korzystał z pomocy podmiotu trzeciego, wobec czego winien powołać się na wiedzę i doświadczenie oraz potencjał podmiotu trzeciego na zasadzie podwykonawstwa. A zatem załącznik nr 3 do oferty zawiera poświadczenie nieprawdy, co skutkuje – zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – wykluczeniem z Postępowania.

Ponadto oferta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ w Rozdziale III pkt 2, Część/Zadanie 1 i 2 - Dostawa kontaktowych figur bojowych oraz termalnych figur bojowych.

Wykonawca I w wykazie głównych dostaw napisał o dostawie figur kontaktowych, a nie bojowych figur kontaktowych (to nie jest jedno i to samo) do Ostrowski Arms sp. z o.o., ale w liście referencyjnym wystawionym przez ten podmiot Pan A.O. napisał o dostawie tarcz kontaktowych. Zgodnie z „Albumem tarcz i figur bojowych sygn. szkol. 565/76” (dalej „Album”), na który powołuje się Zamawiający, tarcze to :

1. Tarcze sportowe są wzorami tarcz stosowanych w szkoleniu i w zawodach strzeleckich z broni sportowej małokalibrowej i pneumatycznej oraz z broni myśliwskiej,

2. Tarcze ćwiczebne są stosowane do nauki celowania z broni strzeleckiej lub treningów w posługiwaniu się mechanizmami naprowadzania armaty i karabinów maszynowych wozów bojowych,
3. Tarcze do przystrzeliwania broni strzeleckiej i pokładowej wozów bojowych wykorzystuje się podczas doprowadzania tej broni do normalnej celności.

Wszystkie te tarcze wykonane są z papieru.

Gdyby tarcze i figury bojowe było jedno i to samo to Album nie miałby takiego tytułu tylko np. „Album tarcz” albo „Album figur bojowych”, a skoro Ministerstwo Obrony Narodowej rozgranicza te dwie nazwy oznacza to, że jest różnica. Bojowe figury kontaktowe współpracują z podnośnikami figur bojowych. Zdaniem Odwołującego treść wspomnianych referencji może nie być przypadkowa, ponieważ Wykonawca I sprzedawał już tarcze kontaktowe wykonane z tektury izraelskiej firmy Romtes Technologies Ltd. W swojej ofercie firma ta nie posiada nawet tarcz wielkokalibrowych, a jedynie tarcze do kalibru maks. 30 mm, a maksymalna liczba przestrzelin to 600-800 i współpracują tylko z obrotniko-podnośnikami tej firmy, ponieważ ich system mocowania jest całkowicie inny niż podnośników figur bojowych stosowanych w SZ RP i dlatego nie nadają się do stosowania z podnośnikami figur bojowych stosowanymi w SZ RP.

Odwołujący stwierdził ponadto, że oferta Wykonawcy I zawiera rażąco niską cenę.

Podkreślił, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wykonawca I zaoferował bojowe figury kontaktowe w cenie 253,00 zł/m<sup>2</sup>, zaś trzy tygodnie wcześniej oferował do 45 WOG bojowe figury kontaktowe po 733,00 zł/m<sup>2</sup>, czyli prawie trzykrotnie drożej, natomiast bojowe figury termalne zaoferował po 206,00 zł/m<sup>2</sup>, a w 43 WOG po 402,00 zł/m<sup>2</sup>, czyli prawie dwukrotnie drożej. Obecna cena Wykonawcy I jest ceną dumpingową będącą przejawem nieuczciwej konkurencji. Cena w zakresie zadania 1 (893.841,00 zł brutto) odbiega rażąco od ofert pozostałych wykonawców, tj. od oferty Wykonawcy PC (1.887.171,18 zł), jest o ponad 100% wyższa od tej oferty, od oferty wykonawcy Optimum-Tymiński s-ka sp. j. o 400%, od oferty Odwołującego o ok. 20%. Pozostałe oferty są do siebie zbliżone.

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 6 SIWZ przez ocenę dokumentów należy rozumieć ich badanie w zakresie ustalonym przez prawo, przeprowadzenie analizy w kontekście tego,

czy dany dokument został wystawiony przez podmiot lub organ uprawniony do jego wystawienia; list referencyjny wystawione przez Ostrowski Arms zostały podpisane przez Pana Andrzeja Ostrowskiego z tytułem V-ce Prezes Zarządu Ostrowski Arms sp. z o.o.; zgodnie z KRS osobą uprawnioną do reprezentacji spółki na dzień wystawienia referencji była Pani B.K., natomiast Pan A.O. był wspólnikiem spółki, ale nie widnieje w KRS jako członek zarządu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Na wstępie podkreślił, że Odwołujący wskazał w swym odwołaniu, że wnosi, aby Izba dopuściła i przeprowadziła wskazane w odwołaniu i jego uzasadnieniu dowody „na okoliczności tam przytoczone”, ale w treści odwołania nie wskazał jakichkolwiek dowodów oraz okoliczności, które mają one potwierdzać, w związku z czym, w zakresie obciążającego go ciężaru wykazania swoich twierdzeń nie wywiązał się on z tego obowiązku.

Podał, że niezasadny i niemogący mieć jakiegokolwiek wpływu na rozstrzygnięcie odwołania jest zarzut, że Zamawiający rzekomo nierówno traktował wykonawców przez „nieudzielenie odwołującemu odpowiedzi na wszystkie zadane pytania”, skoro treść pisma Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2016 r. niezbicie dowodzi, że na wszystkie pytania postawione przez Odwołującego w piśmie z dnia 13 kwietnia 2016 r. udzielono wyczerpującej odpowiedzi w czasie umożliwiającym wniesienie odwołania, choć żaden przepis prawa nie ustanawia procedury i obowiązku udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi podczas prowadzonej procedury przetargowej na inne pytania wykonawców niż dotyczące SIWZ.

### **Zarzuty dotyczące Wykonawcy I**

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, w związku z tym, że jest on uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wyjaśnił, że dnia 24 marca 2016 r. zwrócił się pismem do Wykonawcy I, w trybie art. 90 Pzp, o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie wynikającym z przywołanego przepisu.

Wykonawca I, pismem z dnia 4 marca 2016 r., udzielił szczegółowej odpowiedzi na wezwane, wskazując na czynniki, które miały istotny wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Między innymi podał, że cena oferty uwzględnia wszystkie wymogi SIWZ, bez obniżania jakości oferowanych dostaw, a tym samym nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Dodatkowo stwierdził, że przedstawiona kwota została oparta na rzetelnych kalkulacjach, dla których podstawą były:

1. wykorzystanie własnej, zastrzeżonej technologii i oszczędności metody wykonania zamówienia,
2. potwierdzenie standardu jakości (posiadane certyfikaty),
3. skala działalności,
4. inne czynniki wpływające na obniżenie kosztów wykonania zamówienia,
5. szczegółowa kalkulacja uwzględniająca m.in. materiały, robociznę, transport, koszty ogólnozakładowe i marżę, która została objęta klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te wykazały niezbicie, że cena oferty uwzględnia wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji zamówienia.

W ocenie Zamawiającego nie potwierdził się również zarzut, jakoby oferta Wykonawcy I zawierała nieprawdziwe informacje. Na etapie składania i oceny ofert nie można bowiem przesądzać, że wykonawca, który zgodnie z przepisami prawa i treścią SIWZ wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wykona zadania.

Zamawiający podkreślił, że jego wymogiem było, aby wykonawcy w zakresie części 1 i 2 zamówienia posiadali wdrożone określone systemy jakości dopiero na etapie wykonania zamówienia. Wykonawca I złożył oświadczenie, że oferuje towar zgodny z opisem przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego, a w szczególności zgodnie z Klauzulą Jakościową (załącznik nr 1 do projektu umowy), co potwierdza pkt 3 ppkt 3.1 formularza ofertowego. Zapewnił zatem, że spełni wszystkie warunki, aby dostawa przedmiotu zamówienia była zgodna z wymogami postawionymi przez Zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający nie wymagał na etapie wstępnym Postępowania złożenia dokumentu, jakim jest certyfikat ISO lub AQAP, nie może oceniać kompletności oferty pod tym względem. W wymaganiach podmiotowych Zamawiający również nie sprecyzował warunków związanych z wdrożeniem ww. systemów.

Zdaniem Zamawiającego nieścisłość językowa polegająca na użyciu wyrazów „figur kontaktowych” bez dodania przymiotnika „bojowych” w świetle całej złożonej przez tego wykonawcę oferty i dyspozycji art. 14 Pzp nie może spowodować nielogicznego uznania przez Zamawiającego, że takim stwierdzeniem wykonawca ten oferuje inny przedmiot zamówienia, niż wymagany w Postępowaniu. Skoro wykonawca składa swoją ofertą w Postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa urządzeń szkolno-treningowych (kontaktowych figur bojowych, termalnych figur bojowych i figur bojowych z blachy) na rzecz 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim, to posłużenie się

niepełnym nazewnictwem przedmiotu dostawy (nieużycie ww. przymiotnika) nie może dyskwalifikować złożonej oferty.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący próbuje interpretować wyraz „tarcze” użyty w poświadczeniu wystawionym przez Ostrowski Arms sp. z o.o., jak potwierdzenie okoliczności nieposiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Użycie przez podmiot wystawiający referencje wyrazów: „tarcza kontaktowa” (a nie – jak wskazuje Odwołujący – pojedynczego wyrazu „tarcza”) nie może prowadzić do pominięcia okoliczności, że użyto w tym wypadku także przymiotnika „kontaktowa” przy rzeczowniku: „tarcza”. Treść takiego oświadczenia wyklucza zatem wprost (literalnie) przyjęcie, że wykonawca oferuje Zamawiającemu tarcze sportowe, ćwiczebne, czy do przestrzeliwania, gdyż takie tarcze to zupełnie inne urządzenia, niż tarcze kontaktowe (a tylko tarcze sportowe, ćwiczebne i do przestrzeliwania wykonane są z papieru, nie zaś z blachy, jak wymaga tego Zamawiający).

Po drugie, użycie przymiotnika „kontaktowe” wyraźnie wskazuje na zasadę działania tego sprzętu polegającego na takim skonstruowaniu, aby doszło do zwarcia dwóch elektrod przez pocisk, co jest możliwe wyłącznie, gdy taka tarcza/figura wykonana zostanie z metalu/blachy.

W związku z powyższym, nie ma podstaw, aby kwestionować ofertę ww. wykonawcy z powodów podanych przez Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że chybiony jest również zarzut dotyczący wystawienia referencji przez osobę nieuprawnioną. Wyjaśnił on Odwołującemu, że dokument referencji/poświadczenia jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli, dlatego nie znajduje podstawy prawnej badanie przez Zamawiającego, czy został on podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania danego podmiotu. Nawet w sytuacji, w której referencje wystawione są przez osobę, która takiego formalnego uprawnienia nie posiada, Zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z tego właśnie powodu.

### **Zarzuty dotyczące Konsorcjum CP**

Zamawiający podał, że – po pierwsze – w aktach Postępowania jest prawidłowe pełnomocnictwo udzielone M.R. przez B.S. w związku z ich wspólnym udziałem w Postępowaniu, spełniające wymogi określone w art. 23 ust. 2 Pzp oraz w SIWZ (Rozdział VII ust.5, Rozdział IX ust. 4).

W odniesieniu do skuteczności udostępnienia zasobów Zamawiający zwrócił uwagę na nieskomplikowany charakter dostawy stanowiącej przedmiot części 3 zamówienia, która polega wyłącznie na wycięciu z odpowiedniego arkusza blachy danej figury w kształcie przewidzianym „Albumem tarcz i figur bojowych szkol/565/76” znanym wykonawcom

i przymocowaniu do takiej figury dwóch nóg drewnianych w celu ustawienia wykonanej figury w podnośniku. Wykonanie takich figur ma praktycznie „znikomy” stopień trudności, jeśli ktoś umiejętnie posługuje się narzędziami do cięcia blachy, młotkiem lub śrubokrętem aby przymocować drewniane nogi lub współpracuje z wytwórcą takich figur. Warunek ów został postawiony wykonawcom z uwagi na konieczność dostarczenia Zamawiającemu w krótkim czasie dużej ilości figur, stąd jest on konieczny i nie jest nadmierny.

Zamawiający przytoczył treść przepisów art. 26 ust. 2b i 2e Pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 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 (Dz.U.2013.231) i stwierdził, że ich treść umieścił w SIWZ w Rozdziale VI ust. 6 i 7. Podał, że Konsorcjum CP prawidłowo zaznaczyło w formularzu ofertowym, że w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu będzie polegało na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego i złożyło stosowne zobowiązanie tego podmiotu.

Zamawiający zasygnalizował, że wbrew twierdzeniom Odwołującego referencje (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służą potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia.

Z kolei pisemnym zobowiązaniem podmiotu trzeciego może być oświadczenie woli innego podmiotu lub umowa. „Zobowiązanie”, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, odnosi się do relacji dwustronnej między wykonawcą a podmiotem trzecim; ma z niego wynikać, że podmiot udostępniający znajduje się w takiej relacji prawnej, na podstawie której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może posługiwać się jego zasobami jak własnymi.

Zamawiający podkreślił, odwołujący słusznie zwrócił uwagę na kwestię, że w wyroku z dnia 29 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1451/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że aby skutecznie udostępnić swój potencjał, osoba trzecia nie musi brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Ponieważ sposób tego uczestnictwa nie został określony, może więc mieć dowolną, prawem określoną formę, w tym podwykonawstwo, doradztwo, czy konsultacje. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp został wprowadzony celem umożliwienia realizacji zamówień także podmiotom, które nie posiadają samodzielnego doświadczenia. Tym samym istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podmiotów, które posiadają doświadczenie. Udział tych podmiotów może przyjmować różną formę, przy czym posłużenie się „pisemnym zobowiązaniem” stanowi jedną z dopuszczalnych form udowodnienia dysponowania konkretnym zasobem innego podmiotu. Zdaniem Zamawiającego Pzp nie precyzuje za pomocą ilu i jakich

dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przepisy Pzp nie wskazują również jaką formę oraz treść powinno mieć owo zobowiązanie. Może przybrać ono formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – w zależności od danego przedmiotu zamówienia publicznego, czy charakteru zobowiązania – może być wyrażone w jednym dokumencie, jak również być podparte całym pakietem innych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający podał, że oceniając spełnianie warunków podmiotowych ww. wykonawcy nie miał podstaw by uznać, że złożone przez Metal Corporation zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy na zasadzie doradztwa, konsultacji i udostępnienia dokumentacji swego doświadczenia i wiedzy ma charakter czysto formalny.

Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi na powyższe wymogi SIWZ, Konsorcjum CP złożyło wykaz dostaw, w którym w poz. 1 i 2 wskazano, że Metal Corporation EOOD wykonał na rzecz Cargo Trans Met w latach 2014-2015 dwie dostawy na kwoty 315.000,00 zł i 288.000,00 zł oraz zobowiązanie Metal Corporation EOOD do oddania Konsorcjum CP do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia, przez czas jego trwania i w celu jego należytego wykonania, zasobu, jakim jest posiadana w rozmiarze opisanym w wyżej przytoczonych postanowieniach SIWZ wiedza i doświadczenie.

Zamawiający, mając na uwadze przepisy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował przedmiotowym zasobem w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów, w oparciu o żądane oświadczenie ustalił, że:

1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu to jego nieograniczona wiedza i doświadczenie (ww. zobowiązanie niczym tego nie ogranicza),
2. sposób wykorzystania ww. zasobu innego podmiotu przez Konsorcjum CP przy wykonywaniu zamówienia to konsultowanie z udostępniającym zasób wszelkich kwestii niezbędnych do należytej realizacji zamówienia (ww. zobowiązanie niczym tego nie ogranicza), korzystanie z jego doradztwa, które dotyczyć może wszelkich kwestii niezbędnych do należytej realizacji zamówienia (ww. zobowiązanie niczym tego nie ogranicza) oraz niczym nieograniczone korzystanie z dokumentacji udostępniającego,

3. charakter stosunku, jaki będzie łączył Konsorcjum CP z podmiotem udostępniającym zasób to współpraca biznesowa polegająca na udzielaniu konsorcjum doradztwa, konsultacji i dokumentacji w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia,
4. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia to pełen wynikający z doradztwa, konsultacji i udostępniania dokumentacji udział w realizacji zamówienia przez cały okres niezbędny do jego należytej realizacji.

Zamawiający podkreślił, że wszystkie ww. informacje „wyczytał” z wymaganego przez siebie i złożonego przez Konsorcjum CP zobowiązania i były one dla niego wystarczające, aby przyjąć, że będzie ono dysponowało zasobem innego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Zamawiającego wystarczy przy tego rodzaju zamówieniach możliwość skonsultowania pewnych kwestii z podmiotem doświadczonym, np. co do optymalnego rodzaju blachy używanej do wyrobu figur, używanych przy tym narzędzi, czy optymalnej technologii wykonania zadania (według Słownika języka polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego „konsultacja” oznacza: 1. «zasięganie opinii u specjalisty lub rzeczoznawcy», 2. «udzielanie rad i wyjaśnień przez specjalistę lub rzeczoznawcę», 3. «narada specjalistów lub rzeczoznawców w jakiejś sprawie») oraz doradzenia się u tego podmiotu (według ww. słownika „doradztwo” oznacza: «udzielanie fachowych porad»), np. w kwestii zorganizowania transportu, a także wykonanie zadania w oparciu o wszelką dokumentację podmiotu doświadczonego. Opisana powyżej współpraca przedsiębiorców (biznesowa) gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie. Okoliczności tej sprawy nie pozwalają Zamawiającemu przyjąć, że na etapie realizacji zamówienia Konsorcjum CP nie będzie miało możliwości faktycznego korzystania z udostępnionego potencjału.

Zamawiający wskazał na nieskomplikowany technicznie, czy technologicznie przedmiot zamówienia, będący dostawą polegającą na wytworzeniu dla wojska standardowych figur z metalu na drewnianych nogach.

Nie bez znaczenia dla Zamawiającego było także to, że udostępniający zasób także ponosić będzie wobec niego odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za szkodę powstałą wskutek nieudostępnienia ww. zasobu, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosiłby winy.

W niniejszej sprawie, Zamawiający nie miał zatem podstaw, by przy ocenie oferty konsorcjum w zakresie spełniania ww. warunku podmiotowego uznać, że jest to *stricte* formalne udowodnienie spełnienia tego warunku.

Zamawiający stwierdził, że nie podziela także ogólnych uwag zawartych w odwołaniu co do rzekomej niezgodności oferty Konsorcjum CP z SIWZ, ponieważ wskazana w wykazie dostawa „figur metalowych sylwetkowych” jest zgodna z wymogami Rozdziału 3 ust. 2 pkt 3, SIWZ. Zgodnie z Albumem figury bojowe obrazują siłę żywą, środki ogniowe oraz sprzęt bojowy, czyli ich sylwetki, a zatem dostawa figur bojowych, czy też metalowych figur sylwetkowych świadczy o tej samej grupie sprzętowej. Natomiast montowanie czujnika trafień konieczne jest do każdej figury oddzielnie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum CP i Wykonawca I.

W piśmie procesowym z dnia 4 maja 2016 r. Konsorcjum CP, wnosząc o oddalenie odwołania, przedstawiło następującą argumentację.

#### **I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp**

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby Zamawiający nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez udzielenie zamówienia wykonawcy niemającemu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Konsorcjum CP polegać będzie wykonaniu zamówienia na zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. Metal Corporation EOOD, co wykazane zostało w ofercie. Już z samej istoty art. 26 ust 2b Pzp wynika możliwość realizacji zamówień także przez podmioty, które nie posiadają samodzielnego doświadczenia. Tym samym istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podmiotów, które posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

W ocenie Konsorcjum CP za bezzasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego, jakoby nie wykazało ono doświadczenia w realizacji podobnych pod względem celu, zakresu i wielkości zamówień.

Zgłaszający przystąpienie przytoczył treść warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wyjaśnił, że w załączonym do oferty wykazie dostaw wskazał dwie dostawy główne wykonane przez podmiot trzeci w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, odpowiadające wartościom brutto wskazanym przez Zamawiającego. Do wykazu załączono także referencje wystawione przez odbiorcę dostaw (Cargo Trans Met), potwierdzające ich należyte wykonanie. Przedmiotem dostaw były figury metalowe sylwetkowe oraz figury zwarciowe. Przedmiot ten swoim rodzajem odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez Zamawiającego, tj. dostawie figur z blachy służących do pozoracji celu w szkoleniu żołnierzy w wykrywaniu i niszczeniu celów podczas ćwiczeń taktycznych, strzelań szkolnych bojowych oraz rejestracji trafień.

W opisie przedmiotu zamówienia, w zakresie dostawy figur kontaktowych, Zamawiający wskazał, że służą one do pozoracji celu w szkoleniu żołnierzy w wykrywaniu i niszczeniu celów podczas ćwiczeń taktycznych, strzelań szkolnych i bojowych. Przeznaczone są do rejestracji trafień, a funkcję tą wykonują przez chwilowe zwarcie przez pocisk przedniej i tylnej ścianki figury, powodując chwilowy przepływ impulsu elektrycznego, oraz przekazanie sygnału na układ wykonawczy sterujący opuszczaniem figury przez podnośnik, oraz spowodowanie zadziałania informacji zwrotnej o trafieniu.

Zgodnie z definicją Zamawiającego figura kontaktowa to figura realizująca zasadę swojego działania przez chwilowe zwarcie dwóch figur metalowych (sylwetkowych) rozdzielonych dielektrykiem. Z samej więc definicji wynika, że figura kontaktowa i figura zwarciowa są tożsame co do budowy i funkcji działania. W potocznym języku wojskowym częściej używana jest nazwa figury zwarciowej niż kontaktowej. Pocisk przechodząc przez dwie figury metalowe powoduje ich zwarcie, bez znaczenia czy będziemy je nazywali kontaktowymi czy zwarciowymi.

W opisie przedmiotu zamówienia, w zakresie dostawy figur z blachy, wskazano, że służą do pozoracji celu w szkoleniu żołnierzy w wykrywaniu i niszczeniu celów podczas ćwiczeń taktycznych, strzelań szkolnych i bojowych oraz rejestracji trafień. Funkcję tą wykonuje czujnik trafień działający na zasadzie bezwładnościowej. Uderzenie pocisku w figurę wprowadza ją w drgania, co z kolei powoduje chwilowe rozwarście styków czujnika i przekazanie sygnału do układu wykonawczego sterującego opuszczaniem figury przez podnośnik i zadziałanie informacji zwrotnej o trafieniu.

Konsorcjum CP wskazało następnie, że negując tożsamość pojęć „blacha” i „metal” należy odpowiedzieć na pytanie, czy blacha nie jest metalem. Oczywiście blacha jest metalem. Metal to pojęcie szersze obejmujące zarówno blachę, jak i np. stal, stopy metalu, czy metale kolorowe. Wyróżnić można figury z metali (stalowe), z drewna, styropianu lub papieru.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby przedmiotem dostaw opisanych w treści warunku były figury kontaktowe lub figury z blachy, a jedynie odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wynika z tego, że nie musiały to być nawet figury kontaktowe lub z blachy, a jedynie rodzajowo odpowiadające figurom kontaktowym lub z blachy. Mogły to być więc także takie figury, jak poppery, tarcze IDPA, czy cele w postaci kulochwytyków. Nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że figury metalowe nie są figurami z blachy czy figury zwarciowe nie są figurami kontaktowymi. To tak jakby twierdzić, że tektura nie jest z papieru, albo że blacha nie jest metalem, a drewnem lub tworzywem.

Konsorcjum CP zasygnalizowało ponadto, że wskazany w treści omawianego zarzutu art. 7 Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania. Musi on zawsze odnosić się do konkretnego przepisu Pzp, dotyczącego konkretnej czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, do której był na jego podstawie zobowiązany.

## **II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, może być dokonane w razie kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek, tj. (i) złożenia nieprawdziwych informacji, (ii) wpływu tych informacji na wynik postępowania oraz (iii) możliwości przypisania wykonawcy winy. Jednocześnie, przez nieprawdziwe informacje należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan. Natomiast aby działania wykonawcy można było zakwalifikować jako zawinione powinny one, zgodnie z dominującymi poglądami w tym zakresie, cechować się umyślnością.

Konsorcjum CP podkreśliło, że obowiązek wykazania zaistnienia ww. przesłanek obciąża Odwołującego, na co wskazują przepisy art. 190 ust. 1 Pzp i art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp. Odwołujący w przedmiotowym przypadku zaniechał natomiast nawet próby wykazania winy w działaniach zgłaszającego przystąpienie. Nade wszystko nie udowodnił jednak samego faktu przedstawienia przez niego nieprawdziwych informacji.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego jakoby w załączniku nr 3 do oferty (tj. w formularzu ofertowym) złożono nieprawdnie informacje oświadczając, że zamówienie wykonane zostanie samodzielnie, przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Konsorcjum CP oświadczyło, że nie zamierza powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom, a jedynie skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie doradztwa, konsultacji i udostępniania dokumentacji, co w sposób klarowny wynika z jego oferty, w szczególności ze zobowiązania podmiotu trzeciego.

## **III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Konsorcjum CP stwierdziło, że związku z poleganiem przy wykonaniu zamówienia na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, zamieściło w ofercie zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a także wykaz głównych dostaw oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw przez podmiot trzeci (Metal Corporation), wystawione przez Cargo Trans Met.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o sprzeczności między referencjami a wykazem dostaw. Jak wskazał Odwołujący,

w wykazie głównych dostaw załączonych do oferty, Konsorcjum CP błędnie wskazało jako odbiorcę podmiot trzeci. Niemniej jednak z referencji jednoznacznie wynikało, że dostawy dokonał podmiot trzeci na rzecz Cargo Trans Met. W związku z powyższym, w odniesieniu do informacji zawartych w formularzu ofertowym, referencjach, a także zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, Zamawiający nie pozostawał w błędzie co do tożsamości odbiorcy dostaw. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że w uzupełnieniu dokumentów w związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z dnia 24 marca 2016 r., poprawił oczywisty błąd w wykazie dostaw.

Zdaniem Konsorcjum CP za bezzasadny należy uznać także zarzut Odwołującego, jakoby referencje wystawione przez podmiot mający siedzibę w tym samym miejscu co podmiot trzeci nie potwierdzały należytego wykonania umowy. Twierdzenia Odwołującego jakoby firmy wystawiały sobie nawzajem nieprawdnie referencje, uzasadnione jedynie tożsamym adresem siedziby obu firm, są całkowicie bezzasadne i oparte jedynie na dowolnie i subiektywnie powiązanych i zinterpretowanych faktach. Dodać należy także, że stwierdzenie nieprawdziwości dostarczonych informacji, skutkujących wykluczeniem oferenta, musi być udokumentowane i nie pozostawiać wątpliwości co do tego, jakie informacje są nieprawdziwe. Takiego udokumentowanego stwierdzenia Odwołujący jednak nie przedstawił, nie wykazał także, aby podmiot trzeci nienależycie wykonał dostawy, o których mowa w referencjach.

Zgłaszający przystąpienie podał również, że w ofercie wykazał pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum CP w Postępowaniu, podpisania w jego imieniu i złożenia oferty oraz zawarcia umowy.

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp**

Pogląd Odwołującego, jakoby Konsorcjum CP mogło korzystać z zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego jedynie przez faktyczne podwykonawstwo zgłaszający przystąpienie uznał za bezzasadny. W szczególności, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem jakoby możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia przez konsultacje, czy doradztwo nie stanowiła udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b 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. Brzmienie przywołanego przepisu pozostawia woli i decyzji podmiotów współpracujących określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Trudno zatem doszukiwać się legislacyjnego uzasadnienia założenia, że wiedza

i doświadczenie mogą być udostępniane przez podmiot trzeci jedynie w przypadku jego jednoczesnego uczestnictwa w realizacji przedsięwzięcia lub wręcz podwykonawstwa. Żaden przepis obowiązujących aktów prawnych nie wskazuje na obowiązek jednoczesnego uczestnictwa podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wykonawcy w realizacji zamówienia, ani tym bardziej nie uzależnia tego od kategorii „wypożyczanego” potencjału. Sformułowanie „udostępnianie zasobów” nie może być przecież pod względem literalnego brzmienia utożsamiane z „udziałem w realizacji części zamówienia”, ani tym bardziej z podwykonawstwem. Przekazanie wiedzy i doświadczenia może nastąpić w różny sposób, w tym w szczególności przez doradztwo oraz konsultacje w czasie wykonywania zamówienia, czy przez udostępnienie dokumentacji.

Konsorcjum CP zwróciło również uwagę na niesłuszność twierdzeń Odwołującego jakoby naruszyło warunek SIWZ załączając zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia nie potwierdzając go za zgodność z oryginałem. Oświadczyło, że obowiązek został złożony w formie pisemnej w oryginale.

#### **V. Zarzut naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp**

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że niniejszy zarzut, z uwagi na fakt, że korzystać on będzie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie doradztwa, konsultacji i udostępnienia dokumentacji, nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **VI. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Konsorcjum CP wskazało, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi o odrzuceniu oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, a zatem z powodu niezgodności zaofferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Niezgodności takiej Odwołujący w żaden sposób nie wykazał we wniesionym odwołaniu, w związku z czym zarzut ten jest bezzasadny.

#### **VII. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp**

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że jego oferta nie była sprzeczna z Pzp oraz SIWZ. Wybrana została przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz treścią SIWZ, w szczególności zgodnie z opisem kryteriów, którymi Zamawiający kierował się przy wyborze oferty.

Wykonawca I, w piśmie procesowym z dnia 5 maja 2016 r., również wniósł o oddalenie odwołania uzasadniając ten wniosek w następujący sposób

Tytułem wstępu zgłaszający przystąpienie zaznaczył, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał dodatkowo inne, poza sformułowanymi zarzutami i wnioskami,

argumenty, odnoszące się do podania przez niego nieprawdziwych informacji w załączniku nr 3 do oferty, co skutkować powinno wykluczeniem z Postępowania i przedstawienia poświadczenia należytego wykonania zamówienia w postaci listu referencyjnego wystawionego przez firmę Ostrowski Arms, podpisanego rzekomo przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji wystawcy referencji.

Z uwagi na powyższe Wykonawca I wskazał, że przyjęty w odwołaniu sposób konstruowania zarzutów (częściowo w *petitum* odwołania, częściowo w uzasadnieniu), bez częściowego podania podstaw faktycznych i prawnych, jak również żądań, dyskwalifikować powinien możliwość rozpoznania całkowicie niesprecyzowanego w zakresie podstawy faktycznej zarzutu odnoszącego się do nieprawdziwych informacji i pozbawionego odniesienia się do podstawy prawnej i pozbawionego wskazania żądania zarzutu dotyczącego referencji. Podkreślił, że w ramach środków ochrony prawnej następuje kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności bądź bezprawnych zaniechań) pod względem zgodności z przepisami Pzp, jednakże wyłącznie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 180 ust 3 Pzp (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t.), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami Pzp, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno zatem konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń.

Z uwagi na fakt, że powyższe wymogi nie zostały spełnione odniesieniu do argumentu odnoszącego się do „nieprawdziwych informacji” i referencji, Wykonawca I wniósł o pozostawienie tych kwestii bez rozpoznania.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia (Rozdział III pkt 2, Część/Zadanie 1 i 2 – Dostawa kontaktowych figur bojowych oraz termalnych figur bojowych) Wykonawca I podał, że uzasadnienia ww. zarzutu Odwołujący dopatruje się w tym, że w wykazie dostaw Przystępujący wskazał: „dostawa figur kontaktowych”, a nie „bojowych figur kontaktowych”, natomiast w liście referencyjnym wskazano, że chodziło o dostawę „tarcz kontaktowych”.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że sankcją za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przy czym Odwołujący nie postawił w tym zakresie żadnego zarzutu. Co więcej,

z okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu nie wynika, by Odwołujący kwestionował fakt wykazania się przez Wykonawcę I doświadczeniem żądanym w SIWZ, gdyż Odwołujący opisane domniemane nieprawidłowości wprost wiąże z niezgodnością z opisem przedmiotu zamówienia, która nie zachodzi.

W ocenie zgłaszającego przystąpienie nie jest możliwe, aby Izba dopuściła modyfikowanie zarzutów czy stawianie nowych zarzutów w trakcie rozprawy i wskazywanie odrębnego uzasadnienia dla nowych zarzutów, w sytuacji, gdy te nie były postawione i sformułowane w odwołaniu w terminie ustawowym.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Wykonawca I stwierdził, że gdyby uznać, że zarzut odwołania odnosi się do oferowanych figur bojowych, to jest on chybiony, ponieważ zaoferowane figury spełniają wszystkie wymogi SIWZ, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności przeciwnej. Gdyby natomiast uznać, że zarzut odwołania odnosi się nie tyle do oferowanych figur, ile do posiadania przez niego doświadczenia, to zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia referencyjnego były figury kontaktowe. Z uwagi na używanie zamiennie w obrocie profesjonalnym określenia „tarcza kontaktowa” z określeniem „figura kontaktowa” wystawca referencji posłużył się w jej treści pierwszym z tych określeń.

Nie ulega wątpliwości, że dla Zamawiającego jako profesjonalisty, jak również dla wszystkich podmiotów zajmujących się profesjonalnie dostawami rodzajowo odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia, jest jasne, że użycie sformułowania „kontaktowa” (tarcza/figura) powoduje, że mamy do czynienia nie ze „zwykłą białą kartką papieru z nadrukowanym okręgiem do strzelania”, którą przysłowiowo „zawiesza się na strzelnicy i odsuwa na odpowiednią odległość”, ale z urządzeniem przeznaczonym do rejestracji trafień („kontaktowym”), przy czym funkcja ta realizowana jest przez chwilowe zwarcie przez pocisk ścianki, powodując chwilowy przepływ impulsu elektrycznego oraz przekazanie sygnału na układ wykonawczy sterujący opuszczaniem figury przez podnośnik, oraz spowodowanie zadziałania informacji zwrotnej o trafieniu. Figura/tarcza kontaktowa ma warstwę przewodzącą, dzięki której jeżeli się w nią trafi przekazywany jest sygnał zwrotny o trafieniu.

Wykonawca I zwrócił również uwagę, że na rynku funkcjonują tarcze/figury kontaktowe zbudowane z różnych materiałów, tj. przykładowo z grubej tektury pokrytej specjalną warstwą przewodzącą, która w przypadku trafień przewodzi impuls elektryczny dający informację zwrotną o trafieniu, umożliwiające ruchome montowanie, współpracę z obrotniko-podnośnikami i wykorzystywanie w szkoleniach żołnierzy. Nie ulega zatem wątpliwości, że dostawa ww. tarcz/figur bojowych kontaktowych odpowiada rodzajowo

przedmiotowi zamówienia. Jednocześnie zaznaczył, że oferowanym przedmiotem dostawy nie są tarcze/figury kontaktowe produkowane przez podmiot trzeci, ale przez niego, stąd zarzut jakiegokolwiek niezgodności z SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia co do tarcz firmy Romtes jest całkowicie bezzasadny. Podał również, że skoro w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ, str. 2) sam Zamawiający posługuje się terminem „figury kontaktowe” rozumiejąc przez to „kontaktowe figury bojowe” i używa tych pojęć jako synonimów określających przedmiot zamówienia, to trudno przyjąć, że – jak twierdzi Odwołujący – pojęć tych nie można utożsamiać.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny zgłaszający przystąpienie stwierdził, że Odwołujący nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej, która mogłaby stanowić nawet uprawdopodobnienie, że cena jego oferty jest rażąco niska. Odwołanie się do cen oferowanych przez niego w innych postępowaniach, na inne przedmioty zamówienia, przy innych zakresach zamówień, terminach dostaw, długościach okresów gwarancji, wysokościach zabezpieczenia i innych szczegółowych warunkach zamówień, nie dowodzi w żadnej mierze, że zaoferowane ceny są rażąco niskie.

Wykonawca I podkreślił, że Zamawiający zastosował tryb przewidziany przepisem art. 90 ust. 1 Pzp i otrzymał szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami. Wyjaśnienia ujęte na kilkudziesięciu stronach są precyzyjne i kompletne, zawierają szczegółowe kalkulacje i dowody potwierdzające wysokość przyjętych do kalkulacji elementów, osiągnięcie zysku, jak również rezerwę.

Całkowicie nieuzasadnione jest również twierdzenie jakoby zgłaszający przystąpienie zamierzał dokonać sprzedaży figur na rzecz Zamawiającego po cenach dumpingowych. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że Wykonawca I usiłuje dokonać sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. np. stosuje tak zaniżone ceny, iż nie obejmują one wszystkich wymaganych kosztów usług, dostaw, robót budowlanych.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, zgłaszający przystąpienie odniósł się również do argumentacji podniesionej przez Odwołującego, nie odpowiadającej konstrukcji zarzutów odwoławczych, która – ze wskazanych wcześniej przyczyn – powinna pozostać poza zakresem rozpoznania.

W odpowiedzi na twierdzenia Odwołującego dotyczące nieprawdziwych informacji Wykonawca I podkreślił, że trudno wywieść i ustalić na czym miałyby polegać podanie nieprawdziwych informacji.

Abstrahując od całkowicie niejasnej, a tym samym dyskwalifikującej przedmiotowy zarzut, treści podstawy faktycznej, zgłaszający przystąpienie wskazał, że:

1. złożył w ofercie oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia, jest producentem oferowanych figur i samodzielnie spełnia wszystkie postawione warunki udziału w Postępowaniu, w tym warunek posiadania wymaganych postanowieniami SIWZ wiedzy i doświadczenia, zaś z żadnego przepisu Pzp, czy innych aktów prawnych nie wynika obowiązek powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego,
2. postawione przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej,
3. Zamawiający nie postawił warunku przedmiotowego obligującego wykonawców do wykazania się np. certyfikatem wdrożenia systemu ISO lub AQAP, ani w zakresie pośrednictwa handlowego, ani produkcji. Żaden z wykonawców nie miał obowiązku posiadać, ani składać takich dokumentów, tym bardziej w żadnym razie nie mógłby podlegać wykluczeniu z Postępowania na skutek ich nieposiadania, bądź też nieprzedstawienia. Zamawiający nie może żądać od wykonawców na etapie oceny ofert dokumentów nie wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, czego wydaje się bezzasadnie żądać Odwołujący.

Wykonawca I podał, że z faktu wskazania w § 5 ust. 11 wzoru umowy, że odbiór figur termalnych nastąpi zgodnie z klauzulą jakościową zgodnie z załącznikiem Nr 3 do umowy nie wynika w żadnej mierze wymóg, by na etapie Postępowania wykonawca legitymował się certyfikatami, czy faktem wdrożenia jakiegokolwiek systemu. Co więcej, z przywołanego postanowienia wynika wprost, że dopiero odbiór figur termalnych ma nastąpić zgodnie z klauzulą jakościową, w której wskazano jedynie, że „system zarządzania jakością dostawcy ma spełniać wymagania zawarte w AQAP 2130”. A zatem również na etapie odbioru przedmiotu umowy nie jest wymagane wykazanie się posiadaniem ww. certyfikatu, a jedynie, że system zarządzania dostawcy spełnia wymagania zawarte w AQAP 2130. Tym samym przedmiotowy certyfikat wedle postanowień SIWZ nie był wymagany ani na etapie ofertowania, ani na etapie realizacji umowy.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził ponadto, że nie jest prawdą, jakoby posiadał wyłącznie certyfikaty w zakresie pośrednictwa handlowego, bowiem oprócz:

1. certyfikatu ISO 9001:2008 z zakresem certyfikacji obejmującym pośrednictwo handlowe w dostawach sprzętu specjalistycznego i usług z nim związanych ważnego od 8 marca 2016 r. do 4 grudnia 2017 r.,
2. certyfikatu AQAP 2120:2009 z zakresem certyfikacji na pośrednictwo handlowe w dostawach sprzętu specjalistycznego i usług z nim związanych ważnego od 8 marca 2016 do 4 grudnia 2017 r.,

3. certyfikatu wewnętrznego Systemu Kontroli w zakresie obrotu towarami o znaczeniu strategicznym ważnego od dnia 5 grudnia 2014 r. do 4 grudnia 2017 r.,

posiada również certyfikaty w zakresie produkcji („wytwarzania”) figur bojowych, których brak niezasadnie zarzucono mu w odwołaniu, m.in.

1. certyfikat ISO 9001:2008 z zakresem certyfikacji: Działalność handlowa obejmująca sprzedaż, usługi gwarancyjne, pogwarancyjne, serwis, szkolenia i wytwarzanie pod nadzorem wyrobów o przeznaczeniu wojskowym, policyjnym, i cywilnym oraz produkcja własna systemów i wyposażenia strzelnic ważny od 8 marca 2016 r. do 4 grudnia 2017 r.,
2. certyfikat AQAP 2120:2009 z zakresem certyfikacji Działalność handlowa obejmująca sprzedaż usługi gwarancyjne, pogwarancyjne, serwis, szkolenia i wytwarzanie pod nadzorem wyrobów o przeznaczeniu wojskowym, policyjnym, i cywilnym oraz produkcja własna systemów i wyposażenia strzelnic ważny od 8 marca 2016 r. do 4 grudnia 2017 r.

Jednocześnie wyjaśnił, że wedle powszechnie dostępnych informacji AQAP1 (ang. *Allied Quality Assurance Publication*) to standaryzacyjna seria publikacji dotycząca jakości dla dostawców sił zbrojnych. Opublikowana została jako porozumienie standaryzacyjne STANAG 4107 przez państwa NATO i dotyczy jakości wyrobu końcowego. Certyfikat AQAP dowodzi, że dostawca zapewnia obiektywną kontrolę, a produkt jest zgodny z wymogami umowy.

W skład AQAP wchodzi:

1. AQAP 2131:2011 – „Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli końcowej” – nie zawiera wymagań ISO 9001 i dotyczy kontroli jakości końcowego wyrobu,
2. AQAP 2130:2009 – „Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w kontroli i badaniach – zawiera wymagania ISO 9001, dotyczy kontroli wyrobu końcowego oraz kontroli na jakością w toku produkcji i jakością dostawy wyrobu (lub jej części),
3. AQAP 2120:2009 – „Wymagania NATO dotyczące zapewnienia jakości w produkcji” – zawiera wymagania ISO 9001, rozszerzenie wymagań AQAP 2130 o jakość montażu, serwisu i uruchomienia wyrobu

Tym samym posiadany przez zgłaszającego przystąpienie certyfikat AQAP 2120:2009 odnoszący się do jakości produkcji – wytwarzania zawiera i również wymagania AQAP 2130 i rozszerza je o dodatkowe wymagania.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący referencji Wykonawca I podał, że w doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że nie mają one charakteru oświadczenia woli, a jedynie oświadczenia wiedzy, stąd osoby je wystawiające nie muszą odpowiadać osobom uprawnionym do reprezentowania podmiotów i ujawnionym w stosownych rejestrach. Prawo do wystawienia referencji może przy tym wynikać bądź to z dzielonych upoważnień, bądź przyjętego w jednostce podziału obowiązków.

Jednocześnie Wykonawca I zwrócił uwagę, że w Pzp brak jest jakiegokolwiek przesłanki, która pozwalałaby Zamawiającemu na wykluczenie go z Postępowania z powodu złożenia referencji podpisanych przez osoby inne niż upoważnione do reprezentowania instytucji wystawiającej dokument, a art. 24 Pzp nie może być interpretowany rozszerzająco. W szczególności fakt, iż referencje mogłyby zostać podpisane w inny sposób, nie może być utożsamiany z brakiem wykazania spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia. Postanowienia SIWZ nie zawierały wymogu, aby oświadczenia podmiotów trzecich wystawiających poświadczenia/referencje były podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji. Nie stanowi o tym postanowienie przetaczone przez Odwołującego, że „oświadczenia złożone w ofercie, jak i sama oferta mają być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania WYKONAWCY”, ponieważ jego literalne brzmienie wskazuje wprost, że zamawiający odnosił się do oświadczeń, w tym oferty, składanych w Postępowaniu przez wykonawcę i w żadnej mierze nie daje on podstaw do wywodzenia, że odnosi się on do złożonych przez zewnętrzne podmioty oświadczeń wiedzy potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Zatem nieprawdą jest, że w ogłoszeniu i SIWZ, Zamawiający wskazał, iż uznawał będzie jedynie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania wystawcy.

Wykonawca I podkreślił, że nawet poddając naocznej analizie kwestionowaną przez Odwołującego referencję stwierdzić należy, że została ona wystawiona na papierze firmowym spółki i podpisana przez osobę odpowiadającą za realizację umowy - tytuł „CEO” oznacza bowiem „Dyrektora generalnego (ang. *Chief Executive Officer, CEO*) – osobę dysponującą ostateczną władzą wykonawczą w organizacji lub przedsiębiorstwie. Funkcjonalnie odpowiada polskiemu prezesowi zarządu, oznacza bowiem dyrektora zarządzającego. Już zatem nawet opierając się na doświadczeniu życiowym należy uznać, że posiada on wiedzę o prawidłowości/należytych, bądź nienależytych wykonaniu realizowanych przez kontrahentów umów.

Wykonawca I wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Certyfikatu ISO 9001:2008 na działalność handlową obejmującą sprzedaż, usługi gwarancyjne, pogwarancyjne, serwis, szkolenia i wytwarzanie pod nadzorem wyrobów o przeznaczeniu wojskowym, policyjnym i cywilnym oraz produkcja własna systemów i wyposażenia strzelnic z datą ważności od 8 marca 2016 r. do 4 grudnia 2017 r.,
2. Certyfikatu AQAP 2120:2009 na działalność handlową obejmującą sprzedaż, usługi gwarancyjne, pogwarancyjne, serwis, szkolenia i wytwarzanie pod nadzorem wyrobów o przeznaczeniu wojskowym, policyjnym i cywilnym oraz produkcja własna systemów i wyposażenia strzelnic z datą ważności od 8 marca 2016 r. do 4 grudnia 2017 r.,
3. Wyjaśnienia wystawcy referencji – OSTROWSKI ARMS sp. z o.o. z dnia 29 kwietnia 2016 r.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych zgłaszających przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, ofert przystępujących, wezwania Konsorcjum CP do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów (pismo z dnia 24 marca 2016 r.) wraz z odpowiedzią – pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r. i załączonymi do niego dokumentami, wezwania Wykonawcy I do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 24 marca 2016 r.) wraz z odpowiedzią – pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r. i załączonymi do niego dokumentami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 11 kwietnia 2016 r.), niewymienionych powyżej dokumentów stanowiących załączniki do odwołania, tj. załącznika nr 6, 7, 10, 11, 13, 14 oraz dokumentów załączonych do pisma procesowego Wykonawcy I.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że stan faktyczny, z zastrzeżeniem poniższych ustaleń odnoszących się do ofert przystępujących, nie był sporny.

Izba, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów odwołania, zważyła, że należało je oddalić z poniższych przyczyn.

## **I. Zarzuty dotyczące Konsorcjum CP i złożonej przez nie oferty**

### **I.1. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89, art 26 Pzp oraz Rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ**

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący odniósł się do następujących kwestii: (1) braku pełnomocnictwa w ofercie Konsorcjum CP i jej niepodpisania przez ustanowionego pełnomocnika, (2) naruszenia przez Zamawiającego postanowień Rozdziału VII ust. 6 SIWZ, (3) wystawienia referencji załączonej do oferty Konsorcjum CP na podmiot inny niż jego lider, (4) załączenia do oferty zobowiązania w niewłaściwej formie, (5) niespełniania przez Konsorcjum CP warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia z uwagi na przedstawienie w wykazie dostaw zamówień niespełniających wymagań wynikających z treści tego warunku, (6) niepotwierdzenia przez załączoną do oferty Konsorcjum CP referencję należytego wykonania dostaw w zakresie określonym treścią warunku udziału w Postępowaniu, (7) pozornego udostępnienia Konsorcjum CP zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

#### **Ad 1**

Twierdzenia Odwołującego uznać należało za bezzasadne.

Do oferty Konsorcjum CP załączone zostało pełnomocnictwo ustanawiające M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CAR-POL M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim liderem Konsorcjum CP. Oferta wraz z załącznikami (przy czym Odwołujący nie sprecyzował nawet o jakie załączniki chodzi) podpisane zostały przez właściwie umocowaną osobę.

#### **Ad 2**

Skład orzekający uznał, że konstrukcja omawianego zarzutu opierała się na stwierdzeniu zawartym na str. 7 odwołania („nie spełniono pkt 6, rozdział 7 SIWZ”) i – jak się wydaje – przytoczeniu na str. 18 odwołania dwóch okoliczności mających świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego wspomnianego postanowienia SIWZ, a to: zaadresowania referencji na podmiot nieuczestniczący w Postępowaniu i niepotwierdzenia „za zgodność z oryginałem” dokumentu zobowiązania załączonego do oferty Konsorcjum CP.

Bezasadność tych twierdzeń została omówiona w dalszej części uzasadnienia, odpowiednio w ppkt 3 i 4.

#### Ad 3

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego w zakresie tej części omawianego zarzutu zdaje się wynikać z niezrozumienia istoty polegania na potencjale (zasobach) podmiotu trzeciego. Skoro bowiem Konsorcjum CP powołało się w zakresie wiedzy i doświadczenia na potencjał innego podmiotu, oczywistym jest, że samo nie posiadało ww. zasobów. W konsekwencji przystępujący nie mógł wskazać w wykazie dostaw zamówień zrealizowanych samodzielnie (w przeciwnym razie, skoro spełniałby warunek udziału w Postępowaniu, to należałoby zadać pytanie w jakim celu powołuje się w tym zakresie na zasób innego podmiotu?), natomiast – korzystając z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu – miał obowiązek wskazać w wykazie dostaw zamówienia zrealizowane właśnie przez ów podmiot.

Jeżeli jednak twierdzenie Odwołującego użyte zostało w kontekście niewykazania realności udostępnienia Konsorcjum CP zasobów, co – w ocenie składu orzekającego – nie zostało dostatecznie precyzyjnie wyartykułowane w odwołaniu, to z przyczyn opisanych w dalszej części uzasadnienia, należało je uznać za pozbawione podstaw.

#### Ad 4

Izba nie znalazła powodów, dla których należałoby podzielić stanowisko Odwołującego. W szczególności trzeba mieć na uwadze, że nie zachodzi potrzeba potwierdzenia „za zgodność z oryginałem” samego oryginału dokumentu, a Odwołujący nie przedstawił dowodów, że takowego Konsorcjum CP nie załączyło do oferty.

#### Ad 5

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie udowodnił twierdzenia, że kwestionowane przez niego figury metalowe sylwetkowe nie posiadają czujnika trafień (przy czym Odwołujący wskazał, że figury takie „zwykle” nie zawierają tego elementu, co uprawnia wniosek, że dopuszcza on możliwość, że jakieś figury metalowe sylwetkowe taki czujnik posiadają, czym *de facto* osłabił postawiony na wstępie wniosek). Brak również dowodów na okoliczność, że figury takie wykorzystywane są w strzelnicach komercyjnych lub parkach rozrywki, ani że (ponownie – „zwykle”) są robione z tektury.

#### Ad 6

Argumentacja Odwołującego nie znalazła potwierdzenia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, że deprecjonowanie wartości referencji wyłącznie na tej podstawie, że zostały one wystawione przez podmiot i na rzecz podmiotu, które mają ten sam adres siedziby nie jest zasadne. *Nota bene* nawet ta okoliczność wydaje się wątpliwa, skoro z załącznika do pisma wykonawcy Optimum – Tymiński i s-ka sp. j. z dnia 5 kwietnia 2016 r. (raport INFOVERITI dotyczący Metal Korporayshan – Sofiya EOOD), stanowiącego załącznik nr 6 do odwołania, wynika adres siedziby inny niż podawany przez Odwołującego.

Odwołujący usiłował ponadto wykorzystać omyłkę, która ujawniła się w treści wykazu dostaw załączonego pierwotnie do oferty Konsorcjum CP, polegającą na wskazaniu jako odbiorcy dostaw podmiotu udostępniającego zasoby. Została ona skorygowana w następstwie wezwania przystępującego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, co dało Odwołującemu podstawę do stawiania tez o istnieniu identycznych zamówień, które rzekomo miały być wykonane zarówno przez lidera Konsorcjum CP, jak i Metal Corporation na rzecz Cargo Trans Met. Należy jednak zauważyć, że z żadnego ze złożonych przez przystępującego w toku Postępowania wykazów dostaw nie wynika, że realizował je lider Konsorcjum CP (*vide* argumentacja zawarta powyżej, w ppkt 3 uzasadnienia), wobec czego nie jest również prawdziwe twierdzenie, że miały miejsce dwie identyczne dostawy zrealizowane na rzecz Cargo Trans Met.

Wyjaśnić należy, że skoro w każdym z ww. wykazów, z przyczyn omówionych powyżej, ujęto zamówienia zrealizowane przez Metal Corporation, to pierwszy z nich należałoby raczej tłumaczyć w ten sposób, że ww., zrealizował na swoją rzecz zamówienia, co prowadziłoby do wniosków wręcz absurdalnych (taki sposób wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podawałby w wątpliwość sens utrzymywania w przepisach Pzp instytucji polegania na zasobie innego podmiotu, nie wspominając nawet o sensie dokonywania transakcji z samym sobą).

Nie mogło również odnieść skutku odwoływanie się do argumentów dotyczących niewłaściwej formy referencji. Trzeba mieć na względzie, że nie została ona przez ustawodawcę w żaden sposób wystandaryzowana. W konsekwencji, zdaniem Izby, jej treść należy oceniać przez pryzmat celu, jakiemu ma służyć, a jest nim, w odniesieniu do dostaw, potwierdzenie, że zamówienie zostało zrealizowane (jest realizowane) należycie (patrz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów...). *Ergo*, nie może dyskwalifikować referencji okoliczność, że nie został scharakteryzowany w jej treści profil działalności podmiotów w niej wymienionych (czy to wystawcy dokumentu, czy jego beneficjenta), czy że nie podano w niej kwot zrealizowanych zamówień. Złożenie referencji stanowi niejako pochodną obowiązku przedstawienia dokumentu w postaci wykazu

zrealizowanych/realizowanych zamówień i dlatego informacje w nich zawarte powinny być odczytywane łącznie.

#### Ad 7

Skład orzekający uznał, że Odwołujący nie podważył realności udostępnienia Konsorcjum CP zasobów. Przede wszystkim nie udowodnił, że przystępujący nie będzie miał możliwości wykorzystania udostępnionego mu zasobu przy realizacji zamówienia w sposób określony w treści zobowiązania, ani że formy udostępnienia zasobu są – biorąc pod uwagę okoliczności sprawy – niewystarczające.

Odnosząc się dodatkowo do drugiej ze wspomnianych kwestii (pierwszą z nich Odwołujący w istocie jedynie zasygnalizował w treści odwołania) Izba zauważyła, że obszerna argumentacja Odwołującego sprowadzała się zasadniczo do twierdzenia o konieczności bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia (tj. w charakterze podwykonawcy) podmiotu udostępniającego doświadczenie, z uwagi na brak możliwości skutecznego udostępnienia tego zasobu w inny sposób, w szczególności w drodze udzielania konsultacji, czy doradztwa. W ocenie składu orzekającego stosowanie takiego automatyzmu nie jest uzasadnione z poniższych względów.

Po pierwsze – ustawodawca w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp przesądził nie tylko w jakim zakresie (w odniesieniu do jakich zasobów) wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może odwołać się do potencjału podmiotu trzeciego, odmawiając jedynie dopuszczalności powoływania się na posiadanie przez inny podmiot uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (zasób taki jest – w przeciwieństwie do pozostałych – nierozzerwalnie związany z podmiotem, który nim dysponuje), ale przede wszystkim przesądził, że udostępnienie zasobów określonych w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp jest niezależne od charakteru prawnego stosunków łączących podmiot trzeci z wykonawcą. Już z powyższego wynika, że także w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia dysponowanie tym zasobem nie musi koniecznie przybierać formy umowy o podwykonawstwo, a zasadniczo każdej dowolnie ukształtowanej pomiędzy stronami współpracy, która gwarantuje faktyczną możliwość odwołania się przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia do potencjału podmiotu, który go udostępnia (np. wynikającej z treści zobowiązania współpracy biznesowej). Należy mieć także na względzie, że ustawodawca generalnie odróżnia kategorię podmiotów będących podwykonawcami, od tych, które jedynie udostępniają zasoby, czego dowodem jest chociażby treść przepisu art. 36b ust. 2 Pzp. Oznacza to, że możemy mieć do czynienia zarówno z podmiotem udostępniającym zasoby, który występuje w charakterze podwykonawcy, jak i z takim podmiotem, na którego potencjale wykonawca polega, a który nie jest jego podwykonawcą i wreszcie z podmiotem

będącym podwykonawcą, który nie jest podmiotem trzecim w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Po drugie – w ocenie składu orzekającego wyłączenie *a limine* możliwości udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego jakim jest doświadczenie w postaci konsultacji, czy doradztwa (a zatem bez udziału w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa) nie jest uzasadnione.

Z porównania znaczenia pojęć „wiedza” (ogół wiadomości zdobytych dzięki badaniom, uczeniu się itp. – internetowy słownik języka polskiego dostępny pod adresem [www.sjp.pl](http://www.sjp.pl)) i „doświadczenie” (ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć – *ibidem*) wynika, że każde z nich odwołuje się m.in. do posiadanego przez dany podmiot zasobu wiadomości, a różnica dotyczy ich charakteru i sposobu nabycia. W przypadku wiedzy wiadomości mają charakter teoretyczny, a ich źródłem są przykładowo książki, opracowania naukowe, kursy, czy studia. Z kolei doświadczenie odwołuje się do wiadomości praktycznych nabytych przy wykonywaniu określonych czynności. Biorąc powyższe pod uwagę różnicowanie tych zasobów w oparciu o kryterium sposobów ich udostępnienia nie znajduje podstaw faktycznych, ani też nie wynika z przepisów Pzp.

Nie może ulegać wątpliwości, że niejednokrotnie realne udostępnianie tych zasobów (zwłaszcza doświadczenia) może odbywać się wyłącznie przez bezpośredni udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (w charakterze podwykonawcy), ponieważ trudno wyobrazić sobie sytuację, aby wykonawca skomplikowanych robót budowlanych (bądź innego rodzaju zamówień mających taką cechę) czerpał wiedzę o właściwych sposobach ich realizacji, przykładowo, za pośrednictwem konsultacji prowadzonych na odległość (choćbyby telefonicznie). Nie zawsze jest jednak tak, że taka forma udostępnienia zasobu jest wyłącznie właściwa. W przypadku typowych w danej branży zamówień o niewielkim stopniu skomplikowania wystarczające dla przesądzenia o realności udostępnienia omawianego zasobu będzie zapewnienie sobie przez wykonawcę możliwości skonsultowania z podmiotem trzecim określonych aspektów realizacji zamówienia.

W konsekwencji, Izba wyraża zapatrywanie, że realność udostępnienia zasobów musi podlegać ocenie nie tylko przez pryzmat form udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ale także przedmiotu świadczenia wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił argumentów przemawiających za uznaniem, że w odniesieniu do wykonania zamówienia polegającego na dostawie figur z blachy powołanie się przez Konsorcjum CP na wiedzę i doświadczenie Metal Corporation wymaga jego udziału w realizacji zamówienia

w charakterze podwykonawcy. Izba dała wiarę argumentacji Zamawiającego, że realizacja tej części zamówienia sprowadza się zasadniczo do wycięcia z blachy figur o wymaganych przez Zamawiającego kształtach i ich dostarczenia do wyznaczonego miejsca. Co więcej, figury te, jak to wynika z opisu przedmiotu zamówienia, pozbawione są jakichkolwiek dodatkowych elementów, czy urządzeń komplikujących ich budowę, czy zasady działania (patrz: załącznik nr 1 do SIWZ, opis Zadania 3). Do nieskomplikowanego charakteru przedmiotu zamówienia w części 3 dodać należy również jego powtarzalność i typowy charakter, co dodatkowo wzmacnia argumentację o braku konieczności bezpośredniego udziału w jego realizacji podmiotu udostępniającego zasoby.

Reasumując, Izba uznała, że udostępnienie przystępującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, w opisanych w treści zobowiązania formach (doradztwo, konsultacje, udostępnienie dokumentacji), chociażby w zakresie przykładowo wskazanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, potwierdza realność zobowiązania podmiotu trzeciego.

## **I.2. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Porządkując argumentację przedstawioną w odwołaniu skład orzekający stwierdził, że w zakresie tego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę na dwie kwestie: (1) nieprawdziwości referencji i (2) nieprawdziwości oświadczenia o samodzielnej realizacji zamówienia, przy jednoczesnym powołaniu się na potencjał podmiotu trzeciego.

Ad 1

Izba stwierdziła, że podważanie wiarygodności referencji oparte było na gołosłownych twierdzeniach Odwołującego.

Poza wspomnianą niejasną kwestią adresu siedziby wykonawcy dostaw (podmiotu trzeciego) i ich odbiorcy Odwołujący powołał się na trudności w zidentyfikowaniu podmiotów wymienionych w referencjach w bułgarskim rejestrze handlowym, na co nie przedstawił żadnych dowodów. Ponadto Odwołujący, zestawiając informacje z obu przedstawionych przez Konsorcjum CP wykazów dostaw, twierdził o niemożliwości ich jednoczesnego wykonania przez lidera przystępującego konsorcjum i podmiot trzeci na rzecz Cargo Trans Met, co – biorąc pod uwagę wcześniejszą argumentację – nie było uzasadnione (*vide* pkt I.1.2 ppkt 3 i 6 uzasadnienia).

Ad 2

Skład orzekający uznał, że wskazanie przez Konsorcjum CP w formularzu ofertowym – załączniku nr 3 do SIWZ (pkt 3.10), że zamówienie zrealizuje samodzielnie (tj. bez udziału

podwykonawców), przy jednoczesnym powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego (pkt 3.11 formularza ofertowego) nie stanowi o nieprawdziwości którejkolwiek z tych informacji. Szczegółowa argumentacja przedstawiona została w pkt I.1.2 ppkt 7 uzasadnienia.

### **I.3. Naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 i art. 96 ust. 1-3 Pzp**

Zarzut nie potwierdził się.

Nie mogło odnieść skutku ogólnikowe twierdzenie, że jakieś bliżej niesprecyzowane dokumenty nie zostały Odwołującemu udostępnione na tyle wcześniej, żeby mógł zapoznać się z ich treścią (jedynie na marginesie Izba sygnalizuje, że twierdzeniu temu przeczy fakt, że Odwołujący sformułował w odniesieniu do ofert przystępujących szereg różnych zarzutów). Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu szereg wątpliwości dotyczących ofert konkurencji, jednak otrzymał na nie odpowiedź w terminie umożliwiającym wniesienie odwołania.

Nawet gdyby jednak uznać zarzut za zasadny, to na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania na tej podstawie stoi przepis art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Trudno bowiem wyobrazić sobie w jaki sposób wcześniejsze, niż na to wskazuje Odwołujący, udostępnienie mu dokumentacji Postępowania mogłoby wpłynąć na zmianę decyzji Zamawiającego w kwestii wyboru ofert najkorzystniejszych.

### **I.4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący w ramach tego zarzutu (str. 20-21 odwołania) przekonywał o niezgodności oferty przystępującego z SIWZ z uwagi na niespełnianie przez niego warunku udziału w Postępowaniu. Wbrew zapatrywaniom Odwołującego należy jednak odróżnić kwestię oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy (spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), która prowadzić może do wykluczenia z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp od oceny treści oferty wykonawcy. W jej ramach zamawiający bada m.in. zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami postawionymi w SIWZ, a przywołany przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp służy eliminacji takich ofert, które pod względem merytorycznym nie odpowiadają potrzebom zamawiającego ujawnionym w opisie przedmiotu zamówienia.

### **I.4. Pozostałe zarzuty dotyczące Konsorcjum CP**

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając,

że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia.

Nie był również uzasadniony zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, jako że Konsorcjum CP w sposób prawidłowy powołało się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. W tej sytuacji nie zachodzi konieczność wzywania go do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, a postawiony w tym zakresie zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp należało uznać za chybiony.

## **II. Zarzuty dotyczące Wykonawcy I i złożonej przez niego oferty**

Zarzuty nie potwierdziły się.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że pomimo zgłaszanych w tym zakresie przez Wykonawcę I wątpliwości zarzuty złożenia przez niego nieprawdziwych informacji co do samodzielnego wykonania zamówienia i niespełniania warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na wadliwość referencji nadawały się do rozpoznania. Abstrahując od braku przejrzystości wywodów Odwołującego mających stanowić ich uzasadnienie Izba uznała, że przychylenie się do wniosku o pozostawienie ich bez rozpoznania stanowiłoby wyraz nadmiernego formalizmu.

Odnosząc się do kwestii nieprawdziwych informacji skład orzekający stwierdził, że zarzut Odwołującego sformułowany został w oderwaniu od postanowień SIWZ i oparty był na irrelevantnych dla istoty sprawy wywodach odnoszących się do profilu działalności Wykonawcy I. Należy podkreślić, że Zamawiający nie sformułował wymogów w zakresie konieczności posiadania wdrożonego systemu jakości ISO lub AQAP, zatem nie sposób twierdzić, że miałyby dokonywać oceny ofert w kontekście ich zgodności z oczekiwaniem niewynikającym z postanowień SIWZ. Ich lektura prowadzi do wniosku, że dopiero na końcowym etapie wykonania części 2 zamówienia (tj. przy odbiorze figur termalnych) pojawiają się jakieś wymogi dotyczące systemu zarządzania jakością (odbior ma zostać dokonany zgodnie z klauzulą jakościową stanowiącą załącznik nr 3 do umowy – *vide* § 5 ust. 11 wzoru umowy, która z kolei, w pkt 1, przewiduje że system zarządzania jakością dostawcy ma spełniać wymagania zawarte w AQAP 2130). Z powyższego można wyprowadzić wniosek, że – po pierwsze – kwestia oceny spełniania przez wykonawcę tego wymogu przesunięta została z etapu badania i oceny ofert na etap wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po drugie zaś z literalnego brzmienia przytoczonego powyżej postanowienia klauzuli jakościowej nie wynika bynajmniej konieczność posiadania wzmiankowanego w nim certyfikatu, a jedynie spełniania przez obowiązujący u dostawcy system jakości jego wymagań, co nie jest tożsame z koniecznością posiadania samego dokumentu certyfikatu (na marginesie niniejszych rozważań pozostawić należy kwestię w jaki

sposób Zamawiający będzie weryfikował tą okoliczność). Gdyby było tak, jak chce tego Odwołujący, to omawiany wymóg klauzuli jakościowej referowałby wprost do posiadania stosownego certyfikatu lub innego zaświadczenia potwierdzającego określone właściwości systemu zarządzania jakością obowiązującego u danego wykonawcy..

Reasumując, skład orzekający, z wyżej wskazanych przyczyn, po pierwsze, nie dopatrył się nieprawdziwości w złożeniu przez Wykonawcę I oświadczenia, że samodzielnie wykona zamówienie, po drugie zaś uznał, że dowody załączone do jego pisma procesowego nie były przydatne do rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z SIWZ. Abstrahując od okoliczności, że twierdzenia Odwołującego zawarte na str. 23-25 odwołania zakwalifikować należałoby jako niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu, nie zaś niezgodność treści oferty z SIWZ, które to kwestie Odwołujący konsekwentnie myli, to należy zauważyć, że argumentacja Odwołującego opiera się na dowolnej interpretacji fragmentów załączonych do oferty przystępującego referencji.

Pomijając, że w treści spornych referencji mowa jest wprost o tarczach kontaktowych, nie zaś, jak chce tego Odwołujący, o tarczach, skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego i Wykonawcy I o możliwości zamiennego stosowania pojęć „tarcza kontaktowa” i „figura kontaktowa” dla określenia tych samych rodzajów wyrobów. Co więcej, przystępujący przedstawił dowód w postaci oświadczenia wystawcy referencji (pismo z dnia 29 kwietnia 2016 r.), który potwierdza ww. okoliczność, a Odwołujący w ogóle nie odniósł się do jego treści i nie przedstawił dowodów na okoliczność przeciwną. Za takowe nie mogły być uznane teoretyczne wywody odnoszące się do Albumu, skoro Odwołujący nie przedstawił chociażby fragmentów tej publikacji mających stanowić ich potwierdzenie.

Poruszając się w ramach rozważań dotyczących spełniania przez Wykonawcę I warunków udziału w Postępowaniu Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego odnośnie podpisania referencji przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji ich wystawcy. Pomijając kwestię roli, jaką w strukturach organizacyjnych tego podmiotu pełni osoba, która dokument stwierdzający należyte wykonanie dostaw podpisała, skład orzekający zaznacza, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli podmiotu będącego ich wystawcą. Istotne znaczenie dla oceny ich prawidłowości ma nie tyle kwestia zachowania zasad właściwej reprezentacji przy składaniu oświadczenia objętego treścią referencji, ile posiadanie przez osobę podpisującą referencję wiedzy na temat okoliczności objętych jej treścią. Innymi słowy Odwołujący powinien był wykazać, że osoba podpisująca

referencję nie mogła stwierdzić należytego wykonania dostawy, o której w niej mowa, z uwagi na brak wiedzy w tym zakresie.

Bezpodstawny okazał się również zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy I.

Twierdzenia Odwołującego w przedmiotowym zakresie opierały się na porównaniu cen za m<sup>2</sup> bojowych figur kontaktowych i figur termalnych zaoferowanych w Postępowaniu (mimo, że jednostką miary były sztuki, a Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób dokonał przeliczenia) z cenami zaoferowanymi w innym przetargu innemu zamawiającemu. Ponadto w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący podał procentowe różnice pomiędzy złożonymi ofertami.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, że zarzut Odwołującego nie tylko zawiera szczątkowe uzasadnienie, ale nie został również poparty jakimikolwiek dowodami mogącymi stanowić przypuszczenie zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Wykonawcę I. Trzeba mieć na względzie, że przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, przenoszący ciężar dowodu braku rażąco niskiej ceny na wykonawcę, który złożył ofertę objętą tym zarzutem, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (*ad casum* – Wykonawca I), nie zwalnia Odwołującego nie tylko ze wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, ale również dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (argument z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). O ile można jeszcze przyjąć, że Odwołujący przytoczył jakieś okoliczności faktyczne i prawne w ramach przedmiotowego zarzutu, to nie przedstawił na ich poparcie żadnych dowodów, odnoszących się chociażby do wysokości cen w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego, na które się powoływał w uzasadnieniu odwołania.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń zawartych w odwołaniu Izba wskazuje, że uzasadnienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie może opierać się wyłącznie na wskazaniu procentowych różnic pomiędzy cenami ofert. Nawet jeśli zachodzi pomiędzy nimi dysproporcja, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, nie oznacza to, że jakaś oferta z tego porównania zawiera rażąco niską cenę. Wspomniana różnica obliguje jedynie do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej i wyznacza krąg ofert objętych tym obowiązkiem.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający przeprowadził wspomniane postępowanie i uzyskał od Wykonawcy I wyjaśnienia wraz z dowodami (zobacz pismo z dnia 3 kwietnia 2016 r. z załącznikami). W konsekwencji zarzut Odwołującego zmierzać powinien do podważenia wiarygodności i rzetelności owych wyjaśnień, a rolą Izby powinna być ocena tych wyjaśnień, jednak wyłącznie w granicach zarzutu (art. 192 ust. 7 Pzp). W związku z tym,

że zarzut w żadnej mierze nie odnosi się do złożonych wyjaśnień, mimo że ich część oraz załączniki do nich nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, skład orzekający nie widzi potrzeby poddawania analizie ich treści, tym bardziej że wykraczałaby ona poza granice zarzutu.

Jeżeli zaś chodzi o zasadność wnioskowania o rażąco niskiej cenie na podstawie porównania cen ofert złożonych przez przystępującego w różnych postępowaniach, to nawet gdyby dopuścić taką możliwość, to wymagałoby to dokonania szczegółowej analizy uwarunkowań porównywanych przetargów, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, wymogów stawianych wykonawcom, czy warunków realizacji zamówień wynikających z wzorów umów, ponieważ m.in. takie okoliczności decydują o poziomie oferowanych przez wykonawców cen. Odwołujący, jak wspomniano, nie udowodnił nawet, że Wykonawca I zaoferował w innym postępowaniu ceny wskazane w uzasadnieniu odwołania.

### **III. Pozostałe zarzuty**

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp uznając, że wybór ofert przystępujących dokonany został w zgodzie z przepisami Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238). Nie zasądzone kosztów zastępstwa procesowego na rzecz pełnomocnika Konsorcjum CP, jako że przepisy przywołanego aktu wykonawczego nie przewidują w takiej sytuacji zasądzenia kosztów zastępstwa na rzecz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....