

Sygn. akt: KIO 2909/12

**WYROK**  
**z dnia 15 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant:                      Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012 roku przez wykonawcę **Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy im. J.J. Śniadeckich w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wykonawcy Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się przy zastosowaniu procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy im. J.J. Śniadeckich w Bydgoszczy**;**

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG spółka z o.o. spółka komandytowa, z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania;
4. zasądza od Zamawiającego **Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego im. J.J. Śniadeckich w Bydgoszczy** na rzecz Odwołującego się wykonawcy **Agencji Ochrony Osób i Mienia JAG spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę **15 093 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

W dniu 28 grudnia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29.01.2004r Prawo zamówień publicznych (tj Dz. U z 2010r., Nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą Pzp) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U Nr 48, poz. 280) odwołanie złożył wykonawca **Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG - spółka z o.o spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy**.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usługi ochrony osób i mienia w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający **Uniwersytet Technologiczno - Przyrodniczy im. J.J Śniadeckich w Bydgoszczy**.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza w postępowaniu; niezgodne z prawem wykluczenie z postępowania Odwołującego się, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z pkt 1.2 zawartym w rozdziale V SIWZ Zamawiającego oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ,a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty EKOTRADE - spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego się i w konsekwencji uznania za odrzuconą jego oferty, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ informacja o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania została przesłana Odwołującemu się faxem w dniu 19 grudnia 2012 roku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale V pkt 1.2 dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia podał, że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3-ch lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie, trwające nie mniej niż 24 miesiące w ramach jednego kontraktu usługi, odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż 800.000 zł każda.

Wykonawca w załączniku nr 4 obejmującym wykaz usług wskazał usługi wykonywane w ramach ochrony fizycznej monitoring, konwojów oraz grup interwencyjnych na rzecz 3-ch firm. W zakresie świadczonych usług Odwołujący przedłożył referencje pochodzące od Usługodawców potwierdzające prawidłowe wykonywanie usług .

Pismem z dnia 12 grudnia 2012r. Zamawiający stwierdził, iż w wyniku badania ofert Odwołujący nie wykazał, że posiada wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, ponieważ dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług nie potwierdzają informacji zawartych w wykazanie wykonanych usług tj. wartości tych kontraktów i dat ich wykonania .

Pismem z dnia 14 grudnia 2012r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wymienione pismo Zamawiającego, powołując się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 26.03.2012r., sygn. akt KIO 514/12, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika , że referencje i inne dokumenty na potwierdzenie realizacji zamówień, nie muszą podawać ich wartości, ani nawet dokładnego opisu, ponieważ ich zadaniem jest udokumentowanie przez wykonawcę należytego wywiązania się z realizacji umów o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo w piśmie wyjaśniającym Odwołujący wskazał, że z przywołanego orzeczenia wynika, że wykaz dostaw z opisem ich zakresu i wartości oraz datą realizacji stanowi oświadczenie własne wykonawcy, za które ponosi on pełną i wszechstronną odpowiedzialność.

Wykonawca przedłożył także dokumenty, z których wynikało, że Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG - z siedzibą w Bydgoszczy uległa przekształceniu w spółkę Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG - spółka z o.o. spółka komandytowa. Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG - spółka z o.o. jest komplementariuszem spółki komandytowej i jednocześnie wspólnikiem uprawnionym do jej reprezentacji (w załączeniu do odwołania aktualne odpis KRS spółki komandytowej oraz spółki z o.o.). Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG - spółka z o.o. spółka komandytowa przejęła wszystkich zatrudnionych dotychczas w spółce z o.o. pracowników na podstawie art. 23<sup>1</sup> kp a także będące w realizacji przez tą spółkę kontrakty dotyczące ochrony. Działalności Agencji Ochrony Osób i Mienia JAG spółka z o.o. spółka komandytowa jest kontynuacją działalności spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Powołując się na wcześniej cytowany wyrok KIO podkreślono, iż w orzeczeniu zaprezentowany został pogląd, że Zamawiający jest związany na równi z wykonawcami warunkami przetargu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może wyprowadzać innych elementów tej oceny, tak w zakresie warunków udziału jak i ustalonego sposobu ich weryfikacji w ofertach poszczególnych wykonawców. Zatem żądanie Zamawiającego przedłożenia referencji, które będą określały wartość kontraktów i daty ich wykonania sposób oczywisty sprzeczne jest ze stanowiskiem prezentowanym przez KIO.

Mimo to Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego się z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą, traktując, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy wykluczenie oferty Odwołującego z tej przyczyny, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ narusza prawo i jest niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia objętego przetargiem, ponieważ jego oferta jest ofertą z najniższą ceną, a jedynym kryterium oceny oferty w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Dodatkowo należy także podkreślić, że Zamawiający w rozdziale XV pkt 3 SIWZ zawarł nieprawidłową - niezgodną z obowiązującymi przepisami informację dotyczącą terminu wniesienia odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych .

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu faxem w dniu 28 grudnia 2012.r z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 31 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że strona odwołująca nie przedstawiła wiarygodnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, w związku z tym wnosi on o uznanie odwołania za bezzasadne i podlegające oddaleniu.

W dniu 11 stycznia 2013 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł,- na podstawie § 3 pkt 2 b/ rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania / Dz.U. Nr 41 poz. 238 /.

Wskazano, że warunkiem określonym w SIWZ było wykazanie, iż wykonawca w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy , to w tym okresie , wykonał co najmniej dwie, trwające nie mniej niż 24 miesiące w ramach jednego kontraktu usługi, odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia o wartości ( netto) nie mniejszej ni z 800.000 zł każda.

Publiczne otwarcie ofert nastąpiło 10.12.2012 r. o godz. 11:15 i w postępowaniu tym wpłynęły 3 oferty.

W przypadku oferty firmy Agencja ochrony Osób i mienia JAG Sp. z o.o. Sp. komandytowa załączone referencje nie poświadczają spełnienia odpowiednio wymogu SIWZ.

Referencje z Muzeum Okręgowego w Bydgoszczy przesłane przez Odwołującego nie są datowane, ale według wiedzy Zamawiającego wystawione zostały ponad dwa lata temu. Świadczy o tym pieczęć, która została wycofana z użycia w Muzeum ponad dwa lata temu. Ponadto Muzeum Okręgowe nie organizowało postępowań dotyczących okresu co

najmniej 24 miesięcy. J.A.G świadczyło usługę ochrony na rzecz Muzeum na podstawie trzech umów o okresach krótszych niż 24 miesiące. Również podana w wykazie usług kwota 880 000 zł. jest nieprawdziwa, an co dowodem są załączone pismo Muzeum Okręgowego z dnia 9 stycznia 2013 r., L.dz. MOB: 076-5/ZD/1/13 oraz pismo Muzeum Okręgowego z dnia 9 stycznia 2013 r. , L.dz. MOB: 076-5/ZD/2/13

Wątpliwość budzi także określenie podmiotu: J.A.G co może sugerować, że nie jest to ani spółka z o.o. ani spółka z o.o. spółka komandytowa, a trzeci podmiot. Zaznaczyć należy, iż Agencja Ochrony i Osób Mienia JAG – spółka z o.o. spółka komandytowa nie powstała wskutek przekształcenia ze spółki z o.o., wobec czego nie jest jej następcą prawnym. Koncesję na wykonywanie usług ochrony osób i mienia Odwołujący się otrzymał w dniu 17 lutego 2011 r.

Podobnie referencje wystawione przez firmę Sklejka Multi S. A. nie potwierdzają zamówienia o powyższej wartości. Wartość kontraktu w okresie 24 miesięcy wynosi mniej niż wymagał Zamawiający. Ponadto data wystawienia referencji tj. 23.09.2011r. dotyczy może okresu 24 miesięcznego tj. od 23.09.2009 r., a okres wynikający w wymogu SIWZ oraz zgodnie z treścią § 1 ust 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane / Dz.U. Nr 226 poz. 1817/ wynosi trzy lata tj. w przedmiotowym postępowaniu datą graniczną jest 10.12.2009r.

W przypadku listu referencyjnego Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Spółka Komandytowa data wystawienia 30.08.2011r. również dotyczy nie może okresu 24 miesięcznego, zatem w związku z powyższym również nie dochowano daty granicznej ważności spełnienia warunku.

KIO w wyroku 858/2012 podkreśla, że dokument można kwestionować, jeżeli jego treść nie wypełnia wymogu potwierdzenia należytego wykonania dostawy, usługi. Podobnie Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w swoim stanowisku w sprawie skargi wniesionej przez Thales Polska Sp. z o.o. w Poznaniu przeciwko ZDMiKP podziela opinię, że „w świetle całego materiału dowodowego sprawy przedłożone referencje muszą potwierdzać należyte wykonanie usługi. Stanowisko powyższe jest zgodne z treścią § 1 ust 1 pkt 3 cyt. wyżej, gdyż przepis ten stanowi o możliwości żądania załączenia dokumentów potwierdzających, że odstawy i usługi zostały wykonane lub wykonywane należycie. Tym samym dokument ten musi, zdaniem Sądu Okręgowego zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny”. Dokumenty złożone przez Odwołującego budzą wątpliwość Zamawiającego nie tylko co do należytego wykonywania usług, ale także do samego faktu wykonywania, terminów i wartości kontraktów.

Zgodnie z obowiązującą w przepisach prawa procedurą Zamawiający wezwał

wykonawcę do uzupełnienia dokumentów uznając, że przedstawione nie potwierdzają należytego wykonania wymaganych usług. Wykonawca w odpowiedzi odmówił uzupełnienia dokumentów, podkreślając, że przedłożone referencje poświadczają wymóg postawiony przez Uczelnię oraz że wezwanie pozostaje sprzeczne z treścią obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca nie uzupełnił także dokumentów świadczących o następstwie prawnym, o którym Odwołujący wspomina w odwołaniu, co budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości posługiwania się referencjami wystawionymi na J.A.G. oraz Spółkę z o.o. przez podmiot Spółkę z o.o. Spółkę Komandytową w sytuacji uzyskania koncesji przez podmiot Spółkę z o.o. Spółkę Komandytową dnia 17.02.2011r.

W postępowaniu Zamawiającego w rozpatrywanej sprawie, wbrew odmiennej ocenie Odwołującego nie można dopatrzeć się naruszenia zasad wskazanych w odwołaniu tj. :

- dokonania wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu,
- niezgodnego z prawem wykluczenia z postępowania Odwołującego się ,  
oraz naruszenia postępowaniem przepisów:
- przepis art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z pkt 1.2 zawartym w rozdziale V SIWZ Zamawiającego,
- art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wydatkujący środki publiczne musi zagwarantować wybór wykonawcy, który wykona zamówienie w sposób należyty, stąd dbałość o odpowiednie doświadczenie i wiedzę wykonawcy usług. Postawione w SIWZ wymogi Odwołujący się przyjął, czego dowodem jest nieskorzystanie z instytucji odwołania na postawione warunki przedmiotowe, jednak złożone dokumenty nie potwierdziły odpowiedniego doświadczenia w wymaganym zakresie i w związku z powyższym wykonawca został w ocenie zamawiającego prawidłowo wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy PZP.

W tym stanie rzeczy Zamawiający wnosi o uznanie zarzutów za bezzasadne i oddalenie wniesionego odwołania w całości.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego się wykonawcy i odrzucenie jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający określił, że o udzielnie zamówienia ubiegać mogą się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym posiadają wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. wykażą, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej dwie, trwające nie mniej niż 24 miesiące w ramach jednego kontraktu usługi, odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości (netto) nie mniejszej niż 800 000 zł każda. Na potwierdzenie warunku wykonawcy złożyć mieli wykaz wykonanych usług, z podaniem ich wartości, przedmiotu usług, dat wykonania i odbiorców (na wzorze dokumentu stanowiącym załącznik do SIWZ) i dokumenty potwierdzające, że usługi wykazane w wykazie zostały wykonane należycie.

Wykonawca Odwołujący się przedłożył wraz z ofertą wykaz usług zawierający 3 pozycje:

- 1) Usługa wykonywana na rzecz Alstal Budownictwo – z zakresem ochrona fizyczna, monitoring, konwoje, grupa interwencyjna, w latach 01/05/2007 do 31/10/2011 o wartości 840 000 zł za 24 miesiące;
- 2) Usługa wykonywana na rzecz Sklejka-Multi S.A. – z zakresem ochrona fizyczna, monitoring, grupa interwencyjna, w latach 01/01/2003 trwającą nadal, o wartości 810 000 zł za 24 miesiące;

- 3) Usługa wykonywana na rzecz Muzeum Okręgowego w Bydgoszczy – z zakresem ochrona fizyczna, monitoring, konwoje, grupa interwencyjna, w latach 01/03/2010 do 28/02/2012, o wartości 880 000 zł za 24 miesiące.

Do wykazu załączono referencje (3 sztuki), pierwsza wystawiona na rzecz JAG (datowana na 30/08/2011); druga na rzecz Agencji Ochrony Osób i Mienia J.A.G. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z 23/09/2011 oraz trzecia na rzecz J.A.G. bez daty.

Wykonawca w dniu 12 grudnia 2012 roku wezwany został na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, ponieważ te złożone z ofertą nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie wykonanych usług, tj. wartości i dat wykonywania kontraktów.

W dniu 14 grudnia 2012 roku wykonawca odpowiedział na powyższe wezwanie, stwierdzając, iż istotą posiadania doświadczenia jest wykazanie w postaci oświadczenia wykonawcy wykonywania określonych czynności. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt 514/12, zaznaczając, że wezwanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, jest sprzeczne z treścią obowiązujących przepisów oraz SIWZ.

19 grudnia 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawcy o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Z postępowania wykluczony został wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia J.A.G. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, ponieważ wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ofertę wykonawcy uznano za odrzuconą. Zamawiający odwołał się do brzmienia warunku, wskazał na złożony przez wykonawcę wykaz usług i dokumenty. Podniesiono, że wezwany wykonawca do uzupełnienia oferty odmówił jej uzupełnienia, a jednocześnie zaznaczono, że obowiązek wykazania spełniania warunków spoczywa na wykonawcy. Załączona do oferty Koncesja Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji przyznana została wykonawcy w dniu 17 lutego 2011 roku, stąd wykonawca nie miał fizycznej możliwości, aby spełnić warunki określone w SIWZ bez polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu.

**Biorąc powyższe ustalenia faktyczne pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Sporną w sprawie jest kwestia czy wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, dla której uzasadnieniem przyjętym przez Zamawiającego stało się niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymaga, że nawet przyjmując za prawidłową

decyzję Zamawiającego o wyniku postępowania w zakresie wykluczenia Odwołującego się wykonawcy, ponieważ Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to powyższe stanowić może podstawę do wykluczenia wykonawcy z zastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ale dopiero po uprzednim wyczerpaniu i prawidłowym zastosowaniu procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Bezspornym jest, że Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na wykonaniu co najmniej dwóch, trwających nie mniej niż 24 miesiące w ramach jednego kontraktu usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż 800.000 zł każda. Warunek udziału w postępowaniu w tym kształcie nie został zakwestionowany w odpowiednim czasie i trybie; w związku z tym, na etapie składania oferta także postępowania odwoławczego – jest wiążącym wszystkich uczestników postępowania.

Faktem jest, że Zamawiający skorzystał z procedury przewidującej możliwość sanowania określonych błędów i nieścisłości w ofercie określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podstawą skorzystania z tejże była jednak okoliczność, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie usług, tj. wartości kontraktów i dat ich wykonywania.

Na wstępie rozważań odnośnie powyższego zagadnienia należy zauważyć, iż przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku dostaw i usług stanowić mają dokument potwierdzający, iż wskazane w wykazie dostawy lub usługi zostały wykonane należyte. Treść tychże dokumentów nie musi jednak powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz. Może być ona jedynie pomocna w ocenie ich wiarygodności. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych dostaw lub usług w sposób należyty.

Wskazać także należy, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie” w dokumencie potwierdzającym realizację umowy. Wymaganie, aby wykonawca posiadane doświadczenia wykazał wyłącznie za pomocą dokumentu referencji zawierającego literalne sformułowanie „należyte wykonanie” lub też „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej” narusza przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Skład orzekający Izby podziela

stanowisko wyrażone w wyroku z 19 sierpnia 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1016/09), iż „brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego)”.

Wskazać tu także dodatkowo należy na cel składania wymaganych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, którym jest wyłonienie wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a tym samym dającego rękojmię prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie umowy mogą być zatem nie tylko referencje, ale też przykładowo protokoły zdawczo - odbiorcze lub faktury, w których nie stwierdzono uwag co do wykonania zamówienia. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1490/09).

Słusznie zatem odpowiedział wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów, iż na tak sformułowane wezwanie (zawierające jedynie ogólnikowe stwierdzenia) odpowiadać w sposób czynny nie musi. Tezę tę potwierdza również odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, dopiero w której w sposób bardzo szczegółowy opisał on swoje wątpliwości w zakresie wykazu usług i złożonych do niego referencji. Gdyby w ten sposób sformułowane było żądanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów poczynione na etapie badania i oceny ofert, być może zupełnie inna byłaby odpowiedź i argumentacja wykonawcy Odwołującego się.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić prawidłowość udzielnych informacji i skonfrontować powyższe z ewentualną koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powinien wyjaśnić wątpliwości dotyczące złożonych dokumentów, formułując zarzuty w sposób określony w odpowiedzi na

odwołanie w zakresie dat wykonywania kontraktów oraz ich wartości ale w odniesieniu do wykazu załączonego do oferty, ewentualnie w połączeniu informacji wynikających z wykazu i dokumentów załączonych do tego wykazu.

Zasadne są również wątpliwości Zamawiającego, że skoro wykonawca otrzymał koncesję w dniu 17 tego 2011 roku, to nie miał on samodzielnej możliwości wykazania spełnienia warunku udziału (z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej). Ze złożonych referencji w rzeczywistości wynikać może, że usługi świadczył inny podmiot, aniżeli Odwołujący, to jest Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy (wskazuje na to niejednoznaczność określania podmiotu świadczącego usługi e referencjach i informacje wynikające z KRS znajdującego się w ofercie). Okoliczność, że powstała Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG Sp. z o.o. spółka komandytowa w Bydgoszczy, której komplementariuszem jest Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy nie zmienia faktu, że są to dwa odrębne podmioty, których nie można utożsamiać. Założenie spółki komandytowej, której komplementariuszem jest Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy nie oznacza, że mamy do czynienia z przekształceniem podmiotowym tego podmiotu, a w konsekwencji, że usługi świadczone wcześniej przez Agencję Ochrony Osób i Mienia JAG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy można przypisać Agencji Ochrony Osób i Mienia JAG Sp. z o.o. spółce komandytowej w Bydgoszczy. Powstała w 2010 r. spółka komandytowa jest niezależnym od jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) podmiotem, nie stanowi następcy prawnego Agencji Ochrony Osób i Mienia JAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy. Stąd nie mogą być uznane, jako potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu usługi wykonywane przez Agencję Ochrony Osób i Mienia JAG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2012 roku, sygn. akt KIO 2680/12.

Zasadnie uznał zatem Zamawiający, że istnieją wątpliwości w zakresie spełniania warunku udziału dotyczące sfery podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Trafny jest więc wniosek, że Odwołujący nie mógł samodzielnie wykazać spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powyższe nie może jednak stanowić podstawy do automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podkreślenia wymaga, że tego rodzaju decyzja powinna zostać poprzedzona procedurą uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zwłaszcza, że w tym zakresie wezwanie z dnia 14 grudnia 2012 roku nie zawierało jakichkolwiek odniesień, a przecież przedmiotowa koncesja została w pierwotnym terminie składania ofert załączona do oferty

i jej treść znana była Zamawiającemu na etapie wzywania do uzupełnienia dokumentów.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Pzp wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 Pzp interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Powyższe determinuje wniosek, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w sposób jednoznaczny określając jakiego rodzaju wątpliwości budzą złożone w ofercie dokumenty. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sprawie nie wykazano jednak, by zaistniała konieczność unieważnienia postępowania albo by oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez Odwołującego, a także poniesione przez Odwołującego koszty dojazdu na podstawie dowodów ich poniesienia złożonych do protokołu.

**Przewodniczący:**